

Die verfassungsrechtliche Stellung
des Rechtsanwalts, ibs. in seiner Funktion
als Verteidiger im Strafverfahren

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

des

Fachbereichs Rechtswissenschaften
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Friedhelm Rissel

Referendar aus Voerde/Ndrrh.

Marburg

1980

Druck: Joh. Aug. Koch, Marburg

Als Dissertation von dem Fachbereich Rechtswissenschaften
angenommen am: 23. April 1980

Berichterstatter: Professor Dr. Maurer

Mitberichterstatter: Professor Dr. Meurer

Tag der mündlichen Prüfung: 14. Juli 1980

Digitized by the Internet Archive
in 2026

Die verfassungsrechtliche Stellung
des Rechtsanwalts, ibs. in seiner Funktion
als Verteidiger im Strafverfahren

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

des

Fachbereichs Rechtswissenschaften

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Friedhelm Rissel

Referendar aus Voerde/Ndrh.

Marburg

1980

Druck: Joh. Aug. Koch, Marburg

Die Entstehung der menschlichen Sprache
die Hochsprache der in unsern Tagen
als Vortragsart im Gebrauch

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der philosophischen Doctorwürde

von
Herrn Dr. phil. Hermann Paul



Leiden, den 1. März 1880.

H. Paul

MEINEN ELTERN

I. Die Eltern	1
1. Die Eltern	1
2. Die Eltern	2
3. Die Eltern	3
4. Die Eltern	4
5. Die Eltern	5
6. Die Eltern	6
7. Die Eltern	7
8. Die Eltern	8
9. Die Eltern	9
10. Die Eltern	10
II. Die Eltern	11
1. Die Eltern	11
2. Die Eltern	12
3. Die Eltern	13
4. Die Eltern	14
5. Die Eltern	15
6. Die Eltern	16
7. Die Eltern	17
8. Die Eltern	18
9. Die Eltern	19
10. Die Eltern	20
III. Die Eltern	21
1. Die Eltern	21
2. Die Eltern	22
3. Die Eltern	23
4. Die Eltern	24
5. Die Eltern	25
6. Die Eltern	26
7. Die Eltern	27
8. Die Eltern	28
9. Die Eltern	29
10. Die Eltern	30

Inhaltsverzeichnis

	Seite
Einleitung	1
 <u>1. Teil: Historischer Abriß</u>	 3
I. Die Stellung des Rechtsanwalts in Preußen	4
1. Verbeamtung der Rechtsanwälte; "fürchterliche Musterung", Assistenzräte und Justizkommissare	5
2. Reformbestrebungen Mitte des 19. Jahrhunderts	7
II. Deutsches Reich und Weimarer Zeit	8
1. Die Reichsjustizgesetze von 1877	8
2. Die Reichsanwaltschaftsordnung von 1878	8
3. Die Stellung des Verteidigers, insb. in der Rechtsprechung des Reichsgerichts	10
III. Die Zeit des Nationalsozialismus	13
1. Umgestaltung des Anwaltsrechts; die Reichsrechtsanwaltschaftsordnung vom 1936	13
2. Die Stellung des Verteidigers	16
IV. Ausblick	20
 <u>2. Teil: Verfassungsrechtliche Einordnung des Rechtsanwaltsberufs</u>	 23
I. Berufsrechtliche Qualifizierung; der Rechtsanwalt und Art. 12 GG	23
1. Vorbemerkung	23
2. Die Berufsfreiheit des Art. 12 GG; zur "Stufentheorie" des Bundesverfassungsgerichts	24
3. Der Geltungsumfang des Art. 12 GG für den Beruf des Rechtsanwalts	29
a) Aufgabenbereich, Funktion und rechtliche Ausgestaltung des Rechtsanwaltsberufs	30
b) Der Rechtsanwalt - ein "staatlich gebundener Beruf"?	36
aa) Zur Auffassung des Bundesverfassungsgerichts	38
bb) Die Bedeutung der Zwangskorporation	41
cc) Die Bedeutung der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben	42
dd) Die Bedeutung der Wahrnehmung von Rechtspflegefunktionen	43

	Seite
c) Ergebnis	47
4. Exemplarische Erörterung einiger Regelungen des Anwaltsberufs	49
a) Die Zulassung des Anwalts	49
b) Das Lokalisationsprinzip	51
c) Die Wartefrist des § 2o Abs. 1 Nr. 4 BRAO	53
d) § 11 Abs. 1 Satz 2 ArbGG	54
e) Das vorläufige Berufsverbot gemäß § 15o BRAO	56
f) Die Pflicht zum Tragen der Amtstracht	59
II. Berücksichtigung der besonderen Funktion des Rechtsanwalt-Verteidigers innerhalb des an rechtsstaatlichen Prinzipien orientierten Strafverfahrens	61
1. Vorbemerkung, Problemstellung	61
2. Zum weiteren Verlauf der Untersuchung	61
3. Inhalt des Rechtsstaatsprinzips	63
4. Das Rechtsstaatsprinzip als Organisationsprinzip des Strafprozesses	68
a) Ziel und Aufgabe des Strafprozesses	68
b) StPO-Ausführungsgesetz des Grundgesetzes; Subjektstellung des Beschuldigten	69
5. Das Recht des Beschuldigten auf Verteidigung - seine verfassungsrechtliche Verankerung und seine Bedeutung für die Stellung des Verteidigers	73
a) Darstellung der Argumentation des Schrifttums	74
b) Zur Auffassung des Bundesverfassungsgerichts	76
c) Ergebnis	79
6. Einzelne Verfahrensprinzipien - ihre verfassungsrechtliche Verankerung und ihre Bedeutung für die Stellung des Verteidigers	80
a) Die Unschuldsvermutung	80
b) Das Prinzip des "fair trial"	82
c) Das Prinzip der Waffengleichheit	83
7. Charakterisierung der Funktion des Verteidigers in Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip unter Berücksichtigung seiner konkreten Aufgaben und der Grenzen der Verteidigung im Strafprozeß	87
a) Die Notwendigkeit effektiver Strafverfolgung als Forderung des Rechtsstaatsprinzips	88

	Seite
b) Die Aufgaben des Verteidigers im Strafprozeß	89
c) Die Grenzen der Verteidigung	92
d) "Eigene" Rechte des Verteidigers	95
e) Zur sog. "Doppelstellung" des Verteidigers im Prozeß	96
f) Zusammenfassung	98
8. Zur Lösung von Konflikten zwischen gleichrangig rechtlich geschützten Interessen	99
 3. Teil: Zur Verfassungsmäßigkeit einiger die Stellung des Verteidigers berührender gesetzlicher Regelungen	 104
I. § 148 Abs. 2 StPO - Überwachung des schriftlichen Verkehrs zwischen Verteidiger und inhaftiertem Beschuldigten, Einführung von Trennscheiben beim mündlichen Verteidigergespräch; ferner: Zur Verfassungsmäßigkeit der (nicht normierten) Möglichkeit der Überwachung auch des mündlichen Verkehrs	105
1. § 148 Abs. 2 Satz 1 StPO - Überwachung des Schriftverkehrs	107
2. Überwachung auch des mündlichen Verkehrs	109
a) Das Recht des Beschuldigten aus Art. 103 Abs. 1 GG	109
b) Das Gemeinschaftsinteresse, weitere Straftaten aus der Haft heraus zu verhindern	110
aa) Pauschale Überwachungsregelung	111
bb) Überwachung bei Vorliegen bestimmter Verdachtsmomente	111
3. § 148 Abs. 2 Satz 3 StPO - Verpflichtung zur Errichtung von Trennscheiben in Verfahren nach § 129 a StGB	115
4. Ergebnis	118
II. § 138 a StPO - Ausschließung des Verteidigers	120
1. § 138 a Abs. 1 Nr. 1 und 3, Abs. 2 StPO	121
a) Das Recht des Anwalts aus Art. 12 Abs. 1 GG	121
aa) Die Ausschließungsregelung des § 138 a Abs. 1 Nr. 1 und 3 StPO als sachgerechte und vernünftige Maßnahme	122
aaa) Zum Verdachtsgrad des Absatz 1	123
bbb) Zum Verdachtsgrad des Absatz 2	124
bb) Ausschluß - das mildeste Mittel?	126

	Seite
b) Das Recht des Beschuldigten auf Verteidigung	127
c) Ergebnis	128
2. § 138 a Abs. 1 Nr. 2, 1. Alternative StPO	128
a) Grundsätzliche Verfassungsmäßigkeit	129
b) Bedenken	131
c) Ergebnis	134
3. § 138 a Abs. 1 Nr. 2, 2. Alternative StPO	134
a) Bedenken gegen die Verhältnismäßigkeit der Regelung	135
b) Ergebnis	137
4. § 138 b StPO	138
III. §§ 31 ff EGGVG - das sog. Kontaktsperregesetz	140
1. Die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungsmäßigkeit der §§ 31 ff EGGVG	142
2. Kritik	143
a) Das Grundrecht des Anwalts aus Art. 12 Abs. 1 GG	143
b) Das Grundrecht des Beschuldigten auf umfassende Verteidigung	143
3. Ergebnis	146
IV. Exkurs: § 34 StGB als Rechtsgrundlage für hoheitliche Eingriffe?	148
V. § 137 Abs. 1 Satz 2 StPO - Beschränkung der Zahl der Verteidiger auf drei	153
1. Das Erfordernis einer effektiven Rechtspflege	153
2. Das Recht des Beschuldigten auf effektive Ver- teidigung	154
3. Das Recht des Anwalts aus Art. 12 Abs. 1 GG	155
4. Ergebnis	156
VI. § 146 StPO - Verbot gemeinschaftlicher Ver- teidigung	157
1. Die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts	158
2. Stellungnahme	159
a) Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG?	159
aa) Sachgerechte Erwägungen?	161
bb) Geeignet und erforderlich?	161
cc) Gesamtabwägung	162

	Seite
aaa) Das Interesse des einzelnen	163
bbb) Das Gemeinschaftsinteresse	164
ccc) Abwägung	166
dd) Zur Geltung des § 146 StPO in Bußgeldverfahren	168
b) Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG?	169
3. Ergebnis	169

Literaturverzeichnis

- Ackermann, Heinrich: Die Verteidigung des schuldigen Angeklagten, NJW 1954, 1385 ff
- Alexander, Rudolf : Die Stellung des Verteidigers, ZStW 51 (1931), 54 ff
- Amelung, Knut : Erweitern allgemeine Rechtfertigungsgründe, insbesondere, §34 StGB, hoheitliche Eingriffsbefugnisse des Staates?, NJW 1977, 833 ff
- : Nochmals: § 34 StBG als öffentlichrechtliche Eingriffsnorm?, NJW 1978, 623 f
- Anschütz, Gerhard : Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 14. Auflage, Berlin 1933
- Arndt, Adolf : Das rechtliche Gehör, NJW 1959, 6 ff
- : Die Verfassungsbeschwerde wegen Verletzung des rechtlichen Gehörs, NJW 1959, 1297 ff
- : Umwelt und Recht, NJW 1960, 1191 ff
- : Umwelt und Recht, NJW 1964, 2146 ff
- : Gesammelte juristische Schriften, herausgegeben von E.-W. Böckenförde und W. Lewald, München 1976
- Arndt, Adolf -
Freund, M. : Notstandsgesetze - aber wie? Köln 1962
- Bachof, Otto : Freiheit des Berufs, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner: Die Grundrechte, Bd. III, 1. Halbband, Berlin 1958, S. 155 ff
- : Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVOSTRL 12 (1954), 37 ff
- : Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Bd. 1: 3. Auflage, Tübingen 1966, Bd. 2: 1967

- Badura, Peter : Das Verwaltungsmonopol, Berlin 1963
- : Verfassung, in: Evangelisches Staatslexikon, 2. Auflage, Stuttgart 1975
- Bäumlin, Richard : Rechtsstaat, in: Evangelisches Staatslexikon, 2. Auflage, Stuttgart/Berlin 1975, Sp. 2041 ff
- Ballerstedt, Kurt : Wirtschaftsverfassungsrecht, in: Bettermann/Nipperdey/Scheuner: Die Grundrechte, III. Bd., 1. Halbband, S. 1 ff, Berlin 1958
- Baumann, Jürgen : Strafprozeßreform in Raten, ZRP 1975, 38 ff
- von Beling, Ernst : Zulässigkeit der gerichtlichen Ausschließung des Wahlverteidigers wegen Verdachts der Begünstigung? II., LZ 1927, 518 ff
- Bendix, Ludwig : Zulässigkeit der gerichtlichen Ausschließung des Wahlverteidigers wegen Verdachts der Begünstigung? I., LZ 1927, 511 ff
- Bethge, Herbert : Der verfassungsrechtliche Standort der "staatlich gebundenen" Berufe. Berufliche Teilhabe an Staatsfunktionen oder Verstaatlichung berufsgrundrechtsschutzter Tätigkeiten? Diss., Köln 1968
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Der verdrängte Ausnahmezustand, NJW 1978, 1881 ff
- Böhm, Wolfgang : Anwaltszwang und Lokalisierungsgrundsatz, AnwBl 1968, 101 ff
- Bosch, Johanna : Diskussionsbericht der Sitzung der Fachgruppe für Strafrechtsvergleichung auf der Tagung für Rechtsvergleichung 1977 in Münster, ZStW 90 (1978), 865 ff
- Brangsch, Heinz : Tätigkeitsbericht 1975/76, AnwBl 1976, 221 ff

- Buchda, G. : "Anwalt", in: Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte, herausgegeben von Adalbert Erler und Ekkehard Kaufmann, Bd. I, Berlin 1971
- Burger, Friedrich : Artikel 33 Grundgesetz und die sogenannten staatlich gebundenen Berufe, Diss. Marburg 1967
- Claren, Wolfgang : Die Anwälte als wirkliche Staatsdiener, DJZ 38 (1933), 1249 ff
- Dahs, Hans : Handbuch des Strafverteidigers, 4. Auflage, Köln 1977
- : Der Anwalt im Strafprozeß, AnwBl 1959, 171 ff
- : Die kleine Strafprozeßreform, NJW 1965, 81 ff
- Dahs, Hans jun. : Das rechtliche Gehör im Strafprozeß, München/Berlin 1965
- : Ausschließung und Überwachung des Strafverteidigers - Bilanz und Vorschau, NJW 1975, 1385 ff
- : Das "Anti-Terroristen-Gesetz" - eine Niederlage des Rechtsstaats, NJW 1976, 2145 ff
- : Wehrhafter Rechtsstaat und freie Verteidigung - ein Widerspruch?, ZRP 1977, 164 ff
- Dagtoglou, Prodomos: Wesen und Grenzen der Pressefreiheit, res publica Bd. 11, Stuttgart 1963
- Dietze, G. : Rechtsstaat und Staatsrecht, in: Festschrift für G. Leibholz, Bd. 2, 1966, S. 17 ff
- Döhring, Erich : Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500, Berlin 1953
- Dünnebier, Hanns : Ausschließung von Verteidigern und Beschränkung der Verteidigung, NJW 1976, 1 ff

- Dürig, Günter : Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde, AöR 81 (1956), 117 ff
- Ebermayer : Verteidigung und Begünstigung, DJZ 1927, 134 ff
- Ehmke, Horst : Ansprache auf der Eröffnungsfeier des 35. Deutschen Anwalttages am 22. und 23.5.1969, AnwBl 1969, 264 ff
- Erichsen, Hans-U. - Martens, Wolfgang: Allgemeines Verwaltungsrecht, 3. Auflage, Berlin 1978
- Evers, Hans Ulrich : Die perfekte Notstandsverfassung, AöR 91 (1966), 1 ff, 191 ff
- : Unbefugtes Abhören im Sinne der §§ 298/353 d StGB und die Rechtmäßigkeit der bisherigen staatlichen Abhörpraxis, ZRP 1970, 147 ff
- Eyermann, Erich/Fröhler, Ludwig: Gewerbeordnung, Kommentar, 12. Auflage, München 1963
- Finkelburg, Klaus H.: Über den Rechtsschutz bei anwaltlichen Zulassungsstreitigkeiten, Diss. Berlin 1963
- Fleischmann, Eugen : Die freien Berufe im Rechtsstaat, Berlin 1970
- Fortshoff, Ernst : Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVDStRL 12 (1954), 8ff
- : Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: Festschrift für Carl Schmitt, S. 35 ff, Berlin 1959
- : Der introvertierte Rechtsstaat und seine Verortung, in: Der Staat 2 (1963), S. 385 ff
- : Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1. Bd., Allgemeiner Teil, 10. Auflage, München 1973
- Frank, Hans : Rede am 22.11.1935, teilweise abgedruckt in JW 1935, 3448 f

- Freisler, Roland : Die neuen Gesetze zur Behebung der
Not des Rechtsanwaltstandes, DJ 1935,
1792 ff
- Fuhr, Eberhard : Kommentar zur Gewerbeordnung, Wies-
baden 1960
- Gallas, Wilhelm : Grenzen zulässiger Verteidigung im
Strafprozeß, ZStW 53 (1934), 256 ff
- Geerds, Friedrich : Buchbesprechung von W. Knapp, Der
Verteidiger - ein Organ der Rechts-
pflege?, GA 1975, 347 f
- Geissler, Theodor : Zur Lokalisierung der Rechtsanwalt-
schaft, NJW 1947/48, 134 ff
- Gerhardt, Rudolf : Bericht aus Bonn, ZRP 74, 125 ff
- Gneist, Rudolf : Freie Advokatur. Die erste Forderung
aller Justizreform in Preußen, Berlin
1967
- Gonell, Günther : Die Stellung des Verteidigers im mo-
dernen Strafprozeß, Diss. Bleicherode
1936
- Groß, Karl-Heinz : Die gesetzliche Regelung des Verteidi-
gerausschlusses, ZRP 1974, 25 ff
- : Der erweiterte Verteidigerausschluß
nach § 138 a II StPO - eine Fehlent-
scheidung des Gesetzgebers, NJW 1975,
422 ff
- Grünwald, Gerald : Stellungnahme zu den Gesetzentwürfen
zur Bekämpfung terroristischer Gewalt-
taten, DuR 1976, 305 ff
- Habscheid, Walter J.: Die Unabhängigkeit des Rechtsanwalts,
NJW 1962, 1985 ff
- Hamann, Andreas/Lenz, Helmut: Das Grundgesetz für die Bun-
desrepublik Deutschland vom 23. Mai
1949, 3. Auflage, Neuwied/Berlin 1970
- Hamel, Walter : Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen
Rechtsstaat, Berlin 1957

- Hamel, Walter : Das Recht der freien Berufswahl, DVBl 1958, 36 ff
- Hanssen : Die Stellung des Rechtsanwalts als Organ einer starken nationalsozialistischen Rechtspflege, DR 1944, 353 ff
- Heine, Wolfgang : Vom Wesen der Verteidigung, Die Justiz, I, 1925/26, S. 42 ff
- Heins, Valentin : Der neue Entwurf zur Bundes-Rechtsanwalts-Ordnung, NJW 1958, 201
- : Die Bundes-Rechtsanwaltsordnung, NJW 1959, 1345 ff
- Henkel, Heinrich : Strafverfahrensrecht, 2. Auflage, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1968
- Herschel, Wilhelm : Staatsentlastende Tätigkeit im Arbeitsschutz, in: Festschrift für H.C. Nipperdey, Bd. II, München/Berlin 1965
- Herrmann, Joachim : Die Strafprozeßreform vom 1.1.1975, JuS 1976, 413 ff
- Herzog, Roman : Berufsfreiheit, in: Evangelisches Staatslexikon, Stuttgart/Berlin 1966, Sp. 155 ff
- Hesse, Konrad : Das neue Notstandsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Karlsruhe 1968
- : Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 9. Auflage, Heidelberg/Karlsruhe 1976
- von Hippel, Robert : Der deutsche Strafprozeß, Marburg 1941
- Hoffmann, Heinrich : Die Verstaatlichung von Berufen, DVBl 1964, 457 ff
- Holtz, Günter : Eine gesetzliche Regelung der Ausschliefung des Verteidigers? JR 1973, 362 ff
- Huber, Ernst Rudolf: Wirtschaftsverwaltungsrecht, 2. Auflage Bd. I, Tübingen 1953

- Huffmann, Helga : Kampf um freie Advokatur, Essen 1967
- Jagusch, Heinrich : Über das rechtliche Gehör im Strafverfahren, NJW 1959, 265 ff
- Jauernig, Othmar : Zivilprozeßrecht, 18. Auflage, München 1977
- Jellinek, Georg : Allgemeine Staatslehre, 3. Auflage 1921, 6. Neudruck, Darmstadt 1959
- Jescheck, Hans-H. : Die Ausschließung des Strafverteidigers in rechtsvergleichender Sicht, in: Festschrift für E. Dreher, Berlin - New York 1977, S. 783 ff
- : Lehrbuch des Strafrechts, 3. Auflage, Berlin 1978
- Kalsbach, Werner : Standesrecht des Rechtsanwalts, Köln 1956
- : Bundesrechtsanwaltsordnung, Köln 1960
- Kern, Eduard/ Roxin, Claus: Strafverfahrensrecht, 13. Auflage, München 1975
- Kern, Eduard/Wolf, Manfred: Gerichtsverfassungsrecht, 5. Auflage, München 1975
- Klein, Friedrich : Bonner Grundgesetz und Rechtsstaat, ZStaatsw. 106 (1950), 390 ff
- Klein, Hans H. : Zum Begriff der öffentlichen Aufgabe, DÖV 1965, 755 ff
- Kleinknecht, Theodor: Strafprozeßordnung, Kommentar, 33. Auflage, München 1977
- Klug, Ulrich : Der Rechtsstaat und die Staatsphilosophie der geordneten Anarchie, in: Festgabe für Ernst v. Hippel, Bonn 1965
- Knapp, Wolfgang : Der Verteidiger - ein Organ der Rechtspflege?, Köln/Berlin/Bonn/München 1974
- : Verteidigung des Rechtsstaats durch Bekämpfung des Verteidigers?, AnwBl 1975, 373 ff
- Körner, Eberhard : Lokalisierung der Rechtsanwälte - noch zeitgemäß?, ZRP 1971, 126 ff

- Köttgen, Arnold : Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative, Göttingen 1961
- Kohlmann, Günter : Der Begriff des Staatsgeheimnisses und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafvorschriften, Köln 1969
- : Waffengleichheit im Strafprozeß?, in: Festschrift für Karl Peters, Tübingen 1974, S. 311 ff
- Krämer, Achim : Der Rechtsanwalt - ein "staatlich gebundener Vertrauensberuf"?, NJW 1975, 849 ff
- : Die "gemeinschaftliche Verteidigung" i.S. des § 146 StPO, NJW 1976, 1664 ff
- Krauß, Detlef : Der Grundsatz der Unschuldsvermutung im Strafverfahren, in: H. Müller-Dietz, Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, S. 153 ff
- Krüger, Herbert : Allgemeine Staatslehre, 2. Auflage, Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1966
- : Über die Herkunft der Gewalt der Staaten und der sog. supranationalen Organisationen, DÖV 1959, 721 ff
- : Die Auflage als Instrument der Wirtschaftsverwaltung, DVBl 1955, 384 ff
- Kühne, Hans-Heiner : Strafprozessuale Beweisverbote und Art. 11 Grundgesetz, Köln-Berlin-Bonn-München, 1970
- Kühne, Lotar : Der Verteidiger ohne grundrechtliches Gewand, Berlin 1937
- Lange, H. : Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat, 1934
- Lange, Richard : Terrorismus kein Notstandsfall? Zur Anwendung des § 34 StBG im öffentlichen Recht, NJW 1978, 784 ff

- Lantzke, Ursula : Eine gesetzliche Regelung der Ausschliefung des Verteidigers, JR 1973, 357 ff
- Leibholz, G./ Rinck, H.J.: Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Köln 1966
- Leisner, Walter : Die verfassungsrechtliche Berufsfreiheit -BVerfGE 7, 377 (Apothekenurteil), JuS 1962, 463 ff
- : Werbefernsehen und öffentliches Recht, Berlin 1967
- : Öffentliches Amt und Berufsfreiheit, AÖR 93 (1968), 161 ff
- Lenz, Helmut : Rundfunkorganisation und öffentliche Meinungsfreiheit, JZ 1963, 338 ff
- Lerche, Peter : Zum "Anspruch auf rechtliches Gehör", ZZP 78 (1965), 1ff
- von Lilienthal, Karl: Die Wahrheitspflicht des Verteidigers im Strafprozeß, DJZ 1914, 28 ff
- von Liszt, Franz : Rede vor dem Berliner Anwaltsverein am 23.3.1901, DJZ, 179 ff
- : Die Reform des Strafverfahrens, Berlin, 1906
- Löwe-Rosenberg : Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, 1. Bd., 23. Auflage, Berlin/New York 1976
- Maihofer, Werner : Rechtsstaat und menschliche Würde, Frankfurt/M. 1968
- Martens, Wolfgang : Öffentlich als Rechtsbegriff, Bad Homburg/Berlin/Zürich 1969
- Maunz, Theodor/Dürig, Günter/Herzog, Roman: Grundgesetz Bd. I und II, 3. Auflage, München 1973
- Maunz, Theodor : Deutsches Staatsrecht, 21. Auflage, München 1977

- Mayer, Kurt : Für die Beibehaltung der Lokalisation,
AnwBl 1974, 11 ff
- Mayer, Otto : Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. I,
1924
- Menger, Christian-Friedrich: Höchststrichterliche Rechtspre-
chung zum Verwaltungsrecht, VerwArch
51 (1960), 373 ff
- : Höchststrichterliche Rechtsprechung zum
Verwaltungsrecht, VerwArch 55 (1964),
S. 73 ff
- Mikat, Paul : Kirchliche Streitsachen vor den Ver-
waltungsgerichten, in: Staatsbürger
und Staatsgewalt, Bd. II, Karlsruhe
1963, S. 315 ff
- Mittermaier, Carl Josef Anton: Das Deutsche Strafverfahren
in der Fortbildung durch Gerichts-Ge-
brauch und Landes-Gesetzbücher und in
genauer Vergleichung mit dem englischen
und französischen Straf-Verfahren, in
zwei Theilen, 4. Auflage, Zweiter
Teil, Heidelberg 1846
- Mörsch, Richard : Zur Rechtsstellung des Beschuldigten
und seines Verteidigers im Vorverfah-
ren unter Berücksichtigung der Aufga-
ben des gesamten Strafverfahrens,
Diss., Mainz 1968
- Müller, Egon : Der Grundsatz der Waffengleichheit im
Strafverfahren, NJW 1976, 1063 ff
- Müller, Herrmann/ Sax, Walter: Kommentar zur Strafprozeßord-
nung (KMR) Bd. 1, 6. Auflage, Darm-
stadt 1966
- Müller, Ingo : Neue Grenzen anwaltlicher Tätigkeit?
DuR 1977, 267 ff
- Müller, Lothar : Die Freiheit der Advokatur. Ihre ge-
schichtliche Entwicklung in Deutsch-

- land während der Neuzeit und ihre rechtliche Bedeutung in der Bundesrepublik Deutschland, Diss. Würzburg 1972
- Nikisch, Arthur : Zivilprozeßrecht, 2. Auflage, Tübingen 1952
- Noack, Erwin : Kommentar zur Reichs-Rechtsanwaltsordnung in der Fassung vom 21. Februar 1936, 2. Auflage, Leipzig 1937
- : Der freie Anwalt im Dritten Reich, JW 1936, 1746 ff
- Oborniker : Ausschließung des Verteidigers nach der neuesten Rechtsprechung des Reichsgerichts, Die Justiz, Bd. IV (1928/29), 299 ff
- Ostendorf, Heribert: Strafvereitelung durch Strafverteidigung, NJW 1978, 1345 ff
- Ostler, Fritz : Der Rechtsanwalt als Strafverteidiger, JR 1959, 121 ff
- : Der Rechtsanwalt im Rechtsstaat, JR 1958, 441 ff
- : Die deutschen Rechtsanwälte 1871-1971, Essen 1971
- Ossenbühl, Fritz : Daseinsvorsorge und Verwaltungsprivatrecht, DÖV 1971, S. 13 ff
- Pentz, Adolf : Einwirkungen des Grundgesetzes auf das Zivilprozeßverfahren, DRiZ 1966, 400 ff
- Peters, Hans : Öffentliche und staatliche Aufgaben, in: Festschrift für H.C. Nipperdey, Bd. II, München/Berlin 1965, S. 877 ff
- : Geschichtliche Entwicklung und Grundfragen der Verfassung, Berlin 1969
- Peters, Karl: : Strafprozeß, 2. Auflage, Karlsruhe 1966
- : Der neue Strafprozeß. Darstellung und Würdigung, Karlsruhe 1975

- Quack, Karlheinz : Sinn und Grenzen anwaltlicher Unabhängigkeit heute, NJW 1975, 1337 ff
- Redeker, Konrad : Unzeitgemäße Residenzpflicht, AnwBl 1968, 301 ff
- Rehbinder, Manfred : Die Öffentliche Aufgabe und rechtliche Verantwortlichkeit der Presse, Berlin 1962
- Reuß, Herrmann : Anmerkung zu BVerwG, NJW 1955, 1532 ff
- Rick, Wilhelm : Heute noch Beschränkung der Zulassung von Rechtsanwälten vor den Arbeitsgerichten?, AnwBl 1962, 29 ff
- : Die Beschränkung der Zulassung von Rechtsanwälten vor den Arbeitsgerichten, RdA 1964, 93 ff
- Rieß, Peter : Gesamtreform des Strafverfahrensrechts - eine lösbare Aufgabe?, ZRP 1977, 67 ff
- Rinck, Gerd : Wirtschaftsrecht, Köln, Berlin, Bonn, München, 5. Auflage, 1977
- Rings, W. : Verwaltungsmonopole und Art. 12 Abs. 1 Grundgesetz, NJW 1957, 657 ff
- Röhl, Hellmut : Das rechtliche Gehör, NJW 1953, 1531 ff
- : Das rechtliche Gehör, NJW 1958, 1268 ff
- Römer, Gustav : Notariatsverfassung und Grundgesetz, München/Berlin 1963
- Roesen, Anton : Die Auseinandersetzung des Anwalts mit dem Staat, AnwBl 1957, 174 ff
- Rudolphi, Hans-Joachim: Strafprozeß im Umbruch, ZRP 1976, 165 ff
- Rüfner, Wolfgang : Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, Berlin 1967
- Rupp, Hans-Heinrich: Privateigentum an Staatsfunktionen? Recht und Staat in Geschichte und Gegenwart Z 78, Tübingen 1963
- : Berufsregelung durch gesetzesändernde Verwaltungsordnungen?, DÖV 1963, 678 ff

- Rupp, Hans-Heinrich: Das Grundrecht der Berufsfreiheit,
NJW 1965, 993 ff
- : Das Grundrecht der Berufsfreiheit in
der Rechtsprechung des Bundesverfas-
sungsgerichts, AöR 92 (1967), 212 ff
- Sachau, Volker : Für die Aufhebung der Lokalisation,
AnwBl 1974, 8 ff
- Sack : Der Strafverteidiger und der neue
Staat, Berlin 1935
- Sandermann, Almut : "Waffengleichheit" im Strafprozeß -
zu den rechtlichen Grundlagen dieses
Rechtsinstituts, Diss. Köln 1975
- Sauer, Gisbert : Berufsbeschränkungen für Rechtsanwälte
- Sax, Walter : Grundsätze der Strafrechtspflege, in:
Die Grundrechte, herausgegeben von
Bettermann/Nipperdey/Scheuner, 3. Bd.,
2. Halbband, S. 909 ff, Berlin 1959
- Schäfer, Hans : Die lückenhafte Notstandsverfassung,
AöR 93 (1968), 37 ff
- Scheuer, Hans : Berufsfreiheit und Grundgesetz,
Saarbrücken 1961
- Scheuner, Ullrich : Das Grundrecht der Berufsfreiheit,
DVBl 1958, 845 ff
- : Die neuere Entwicklung des Rechtsstaa-
tes in Deutschland, in: Festschrift
zum Hundertjährigen Bestehen des Deut-
schen Juristentages, 1860-1960, Bd. II,
Karlsruhe 1960, S. 229 ff
- Schick, Walter : Gemeindemonopole und Grundgesetz, DÖV
1962, 931 ff
- Schmidt, Eberhard : Lehrkommentar zur Strafprozeßordnung
und zum Gerichtsverfassungsgesetz,
Teil I, 2. Auflage, Göttingen 1964,
Teil II, Göttingen 1957
- : Anmerkung zum Beschluß des BGH's vom
15.11.1955 - St B 44/55, JZ 1957, 721

- Schmidt, Eberhard : Deutsches Strafprozeßrecht. Ein Kolleg, Göttingen 1967
- Schmidt, Richard : Allgemeine Staatslehre, 3 Bände, Leipzig, 1901 - 1903
- Schmidt-Leichner, Erich: Strafverfahrensrecht 1975 - Fortschritt oder Rückschritt? NJW 1975, 417 ff
- Schmitt, Carl : Verfassungslehre, 3. Auflage, 1928, unveränderter Neudruck, Berlin 1957
- : Nationalsozialismus und Rechtsstaat, JW 1934, 713 ff
- Schneider, Peter : In dubio pro libertate, in: Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages, Band II, Karlsruhe 1960, S. 263 ff
- : Prinzipien der Verfassungsinterpretation, VVDStRL 20 (1963), 1 ff
- Schneider, Rolf : Der Rechtsanwalt, ein unabhängiges Organ der Rechtspflege, Berlin 1976
- : Verfassungsrechtliche Grundlagen des Anwaltsberufs, NJW 1977, 873 ff
- Schnur, Roman : Pressefreiheit, VVDStRL 22 (1965), 101 ff
- Schorn, Hubert : Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren, 1963
- : Der Strafverteidiger. Ein Handbuch für die Praxis, Frankfurt/M. 1966
- Schröder, Meinhard : Staatsrecht an den Grenzen des Rechtsstaats, AöR 103 (1978), 121 ff
- Schwabe, Jürgen : Die Stufentheorie des Bundesverfassungsgerichts zur Berufsfreiheit, DÖV 1969, 734 ff
- : Die Notrechtsvorbehalte des Polizeirechts, JZ 1974, 634 ff
- : Zur Geltung von Rechtfertigungsgründen

- des StGB für Hoheitshandeln, NJW 1977, 1902 ff
- Schwerin, Claudius v.: Die Anwaltschaft im deutschen Recht, in: Julius Magnus, Die Rechtsanwaltschaft, Leipzig 1929, S. 458 ff
- Seebode, Manfred : Die gerichtliche Zurückweisung eines Strafverteidigers, NJW 1972, 2257 ff
- Seydel, Helmut : Die Freiheit des Rechtsanwalts, JW 1936, 1817 ff
- : Zur Lage der Anwaltschaft, DR 1942, 1527 ff
- Siebert, Wolfgang : Rechtsstellung und Haftung der Technischen Überwachungs-Vereine im Kraftfahrzeugprüfungswesen, Heidelberg 1957
- Siegert, Karl : Richter, Staatsanwalt und Beschuldigter im Strafprozeß des neuen Staates, ZStW 54 (1935), 14 ff
- von Stackelberg, Curt F. Freiherr: Der Anwalt im Strafprozeß, AnwBl 1959, 190 ff
- Staege : Anwaltliche Ehrengerichtsbarkeit, DR 1941, S. 19 ff
- Stein, Ekkehart : Die Wirtschaftsaufsicht, Tübingen 1967
- : Staatsrecht, 6. Auflage, Tübingen 1978
- Stern, Klaus : Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I, München 1977
- Thoma, Richard : Rechtsstaatsidee und Verwaltungsrechtswissenschaft, JöR, Bd. 4 (1910), 196 ff
- Thieme, Werner : Berufsfreiheit und Verwaltungsmonopole, JZ 1961, 280 ff
- Triebel, Heinrich : Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf, in: Festschrift für Karl Binding, Leipzig 1911
- Über, Gisbert : Freiheit des Berufs, Hamburg 1952
- Ule, Carl-Herrmann : Verfassungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht, DVBl 1959, 537 ff

- Ullers, Walter : Der Strafverteidiger. Von einem Richter geschrieben, Hamburg 1962
- Ulsenheimer, Klaus : Zur Regelung des Verteidigerausschlusses in §§ 138 a - d, 146 n.F. StPO, GA 1975, 103 ff
- Vargha, Julius : Die Vertheidigung in Strafsachen, Wien 1879
- Vogel, Klaus : Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, Hamburg 1959
- Vogel, Hans-Jochen : Strafverfahrensrecht und Terrorismus - eine Bilanz, NJW 1978, 1217 ff
- Vogel, Friedrich : Die rechtspolitischen Initiativen der Opposition, ZRP 1976, 214 ff
- Waller, Hellmut : Zur gesetzlichen Regelung des Ausschlusses des Verteidigers, DRiZ 1974, 177 ff
- Weber, Ulrich : Der Mißbrauch prozessualer Rechte im Strafverfahren, GA 1975, 289 ff
- Weißler, Adolf : Geschichte der Rechtsanwaltschaft, Leipzig 1905
- Welp, Jürgen : Die Überwachung des Strafverteidigers, GA 1977, 129 ff
- : Der Verteidiger als Anwalt des Vertrauens, ZStW 90 (1978), 101 ff
- : Die Rechtsstellung des Strafverteidigers, ZStW 90 (1978), 804 ff
- Welsch, Armin : Die subjektiven und objektiven Zulassungsvoraussetzungen im Rahmen des Art. 12 I GG, Diss. Mainz 1962
- Werner : Anmerkung zu OVG Berlin, DVBl 1955, 561 ff
- Wertenbruch, Wilhelm : Grundgesetz und Menschenwürde, Köln/Berlin 1958
- : Die rechtliche Einordnung wirtschaftlicher Verbände in den Staat, in: Gedächtnisschrift für Hans Peters,

- S. 614 ff, Berlin/Heidelberg/New York 1967
- Wolff, Hans J. : Der Unterschied zwischen öffentlichem und privatem Recht, AöR 76 (1950/51), 205 ff
- Wolff, Hans J./Bachof, Otto: Verwaltungsrecht, Bd. 1, 9. Auflage, München 1974, Bd. 2, 4. Auflage, München 1976
- Zeidler, Karl : Schranken nichthoheitlicher Verwaltung, in: VVDStRL 19 (1961), 208 ff
- : Gedanken zum Fernseh-Urteil des Bundesverfassungsgerichts, AöR 86 (1961), 361 ff
- Zeuner, Albrecht : Der Anspruch auf rechtliches Gehör, in: Festschrift für H.C. Nipperdey, Bd. I, München/Berlin 1965, S. 1013 ff
- Zuck, Rüdiger : Einige verfassungsrechtliche Bemerkungen zum Grundsatz "ein Verteidiger - ein Beschuldigter" (§ 146 StPO n.F.), NJW 1975, 434 f

Abkürzungsverzeichnis

A.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
a.F.	alter Fassung
Anm.	Anmerkung
AnwBl	Anwaltsblatt
Arch	Archiv des öffentlichen Rechts
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBI	Bundesgesetzblatt
BGH	Bundesgerichtshof
BGHSt	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Strafsachen
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BNotO	Bundesnotarordnung
BR	Bundesrat
BRAO	Bundesrechtsanwaltsordnung
BSGE	Entscheidungen des Bundessozialgerichts
BT	Bundestag
BT-Dr	Drucksachen des Deutschen Bundestages (Wahlperiode und Nr.)
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGE	Entscheidungen des Bundesverfassungs- gerichts
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungs- gerichts
Diss.	Dissertation
DJ	Deutsche Justiz (1933-1945)
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristenzeitung
DNotZ	Deutsche Notarzeitschrift
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung
DR	Deutsches Recht (1931-1945)

DRiZ	Deutsche Richterzeitung
DuR	Demokratie und Recht
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt
E	Entscheidung
EGH	Ehrengerichtshof
EuGH	Europäischer Gerichtshof
EvStL	Evangelisches Staatslexikon
Fn.	Fußnote
GA	Goltdammer's Archiv für Strafrecht
GB1	Gesetzblatt
GG	Grundgesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz
h.M.	herrschende Meinung
HRG	Handwörterbuch zur Deutschen Rechtsgeschichte
i.S.d.	im Sinne des
i.V.m.	in Verbindung mit
JA	Juristische Arbeitsblätter
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift (1872-1939)
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
LG	Landgericht
m.H.a.	mit Hinweis auf
MRK	Menschenrechtskonvention
m.w.N.	mit weiteren Nachweisen
n.F.	neue Fassung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
RAO	Rechtsanwaltsordnung vom 1.7.1878
Rdnr.	Randnummer
RG	Reichsgericht
RGB1	Reichsgesetzblatt
RGSt	Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen

RRAO	Reichsrechtsanwaltsordnung vom 21.2. 1936
StGB	Strafgesetzbuch
StPÄG	Strafprozeßänderungsgesetz
StPO	Strafprozeßordnung
StVRG	Strafverfahrensreformgesetz
u.a.	unter anderem
VerwArch	Verwaltungsarchiv
VGH	Verwaltungsgerichtshof
VOBl	Verordnungsblatt
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZRP	Zeitschrift für Rechtspolitik
ZStaatsw	Zeitschrift für die gesamte Staats- wissenschaft
ZStW	Zeitschrift für die gesamte Straf- rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

EINLEITUNG

Ziel der vorliegenden Arbeit ist es, zunächst die verfassungsrechtliche Stellung des Rechtsanwalts, ibs. in seiner Funktion als Verteidiger im Strafprozeß darzustellen und anschließend darauf aufbauend die Verfassungsmäßigkeit einiger jüngerer, die rechtliche Stellung des Verteidigers berührender Gesetzesmaßnahmen zu untersuchen.

Die große Bedeutung, die der Tätigkeit des Rechtsanwalts sowohl für den einzelnen rechtssuchenden Staatsbürger als auch für eine rechtsstaatlich geordnete Rechtspflege und damit für die durch den Staat verkörperte soziale Gemeinschaft selbst zukommt, läßt vermuten, daß der Beruf des Anwalts im Vergleich zu anderen privaten Berufen, denen dieses Merkmal fehlt, einer differenzierten rechtlichen Betrachtung bedarf. Dafür spricht auch die Existenz besonderer berufsrechtlicher Regelungen.

Andererseits ist der Rechtsanwalt aber nicht in die staatliche Behördenorganisation eingegliedert, wie z.B. Staatsanwalt und Richter, mit denen er innerhalb der Rechtspflege zusammenwirkt, so daß sich seine rechtliche Stellung von diesen Berufen deutlich unterscheidet.

Zu fragen ist also, wie der Rechtsanwalt berufsgrundrechtlich einzuordnen ist und welchen Schutz er generell vor staatlicher Reglementierung genießt.

Die Frage nach der verfassungsrechtlichen Stellung des Anwalts läßt sich jedoch nicht allein individualrechtlich über Art. 12 GG (als Abwehrrecht des Anwalts gegen staatliche Eingriffe) lösen. Denn aufgrund der bereits erwähnten besonderen Bedeutung des Rechtsanwalts geht es bei der Regelung anwaltlicher Tätigkeit eben nicht nur um seine Interessen, sondern vor allem auch um die Rechte seiner Mandanten, bei deren Wahrnehmung sie der Hilfe eines Rechtsanwalts bedürfen; dies ibs. als Beschuldigte

im Strafprozeß. Die Stellung und Funktion des Anwalts muß deshalb im Zusammenhang mit der Stellung und den Rechten des einzelnen, durch einen Prozeß direkt betroffenen Bürgers gesehen werden.

Zentrale Bedeutung für diesen Problemkreis hat das Rechtsstaatsprinzip, das als oberstes Organisationsprinzip die Rechtspflege beherrscht und sowohl die Funktion des Anwalts - i. b. in seiner Rolle als Verteidiger - als auch die rechtliche Stellung seines Mandanten bestimmt.

Bei der Untersuchung des konkreten Tätigkeitsbereichs des Anwalts konzentriert sich die Arbeit auf den Rechtsanwalt als Verteidiger im Strafverfahren. Denn in der Rolle des Strafverteidigers tritt die besondere Bedeutung seiner Tätigkeit für den Rechtsstaat, vor allem aber für den Beschuldigten am deutlichsten zu Tage.

Eine verfassungsrechtliche Standortbestimmung des Rechtsanwalts-/Verteidigerberufs ist auch deshalb notwendig, weil sie als Ausgangspunkt für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit von Maßnahmen und Regelungen, die die Verteidigertätigkeit berühren, unentbehrlich ist. Die über die im Zusammenhang mit der Terrorismuskriminalität erfolgten gesetzgeberischen Maßnahmen einsetzende kritische Diskussion hat dies erneut gezeigt.

Ob und inwieweit einige der wichtigsten dieser Gesetzesregelungen, die die Tätigkeit des Verteidigers z. T. empfindlich tangieren, unter Beachtung der zuvor dargestellten verfassungsrechtlichen Stellung der davon Betroffenen und unter Wahrung allgemeiner Verfassungsgrundsätze getroffen wurden, soll im dritten Teil der Arbeit erörtert werden.

1. Teil: HISTORISCHER ABRISS

Seit es Rechtsanwalt und Verteidiger gibt, waren ihre Stellung und Funktion Ausdruck des Verhältnisses zwischen Obrigkeit und einzelner Bürger und somit gleichermaßen vielfältigen Wandlungen unterworfen. Der am Beginn dieser Arbeit stehende historische Überblick über die rechtliche Stellung des Rechtsanwalts kann sich auf eine äußerst knappe und mit der Entwicklung in Preußen einsetzende Darstellung der wesentlichen Stationen dieses Entwicklungsprozesses beschränken, da die Thematik bereits an anderen Stellen ausführlich behandelt worden ist.¹⁾

Der Schwerpunkt der geschichtlichen Betrachtung liegt in der Zeit des Nationalsozialismus in Deutschland, da in dieser Periode die Manipulation der Stellung und Funktion des Anwalts und Verteidigers besonders deutlich und die Symptomatik des Abbaus der Verteidigerrechte für den Abbau der Freiheitlichkeit eines Staates generell unverkennbar wird.

1) vgl. Lothar Müller, Die Freiheit der Advokatur, zur geschichtlichen Entwicklung des Rechtsanwaltsberufs im allgemeinen; und Wolfgang Knapp, Der Verteidiger - ein Organ der Rechtspflege?, zur geschichtlichen Entwicklung des Verteidigers; grundlegend: Adolf Weißler, Geschichte der Rechtsanwaltschaft, und Julius Vargha, Die Vertheidigung in Strafsachen.

I. Die Stellung des Rechtsanwalts in Preußen

Aus den ehemaligen "Vorsprechern"²⁾ des frühen germanischen Rechts waren nach der Rezeption des römisch-kanonischen Rechts in Deutschland Mitte des 15. bis Mitte des 16. Jahrhunderts Advokaten (bzw. Prokuratoren) geworden, die einer nahezu schrankenlosen Aufsichts- und Disziplinargewalt der Gerichte unterlagen.³⁾

Doch auch diese Überwachung und *numerus clausus* konnten den sozialen Abstieg des Advokatenberufs seit etwa Mitte des 17. Jahrhunderts nicht verhindern. Man warf den Advokaten vor, die Prozesse zu verschleppen, die Parteien aufzuhetzen, die Richter zu hintergehen und mit dem Gegner in geheimem Einverständnis zu stehen.⁴⁾ Die einseitige Tätigkeit des Verteidigers wurde für die Wahrheitsfindung als schädlich erachtet,⁵⁾ so daß man gerade bei den schwersten Verbrechen die Verteidigung z.T. völlig untersagte oder zumindest keine Akteneinsicht während der Untersuchung gewährte und Gespräche zwischen Angeklagtem und Verteidiger überwachte.⁶⁾

Die Folge war ein erheblicher Qualitätsverlust der Verteidigung, dessen Ursache jedoch nicht nur die Advokaten selbst, sondern gleichermaßen der allgemeine Tiefstand der Rechtspflege und - um es mit den Worten Rudolf von Gneists zu sagen - "die Gebrechen des schriftlichen geheimen Processes, die allgemeine Gewöhnung an Staatsbevormundung (und) der Mangel an Selbständigkeit und

2) zu der Figur des "Vorsprechers" vgl. im einzelnen Weißler, a.a.O., S. 25 ff.; Vargha, a.a.O., S. 143 ff. und Schwerin, Die Anwaltschaft im deutschen Recht, in: Die Rechtsanwaltschaft, S. 460 ff., sowie Buchda, "Anwalt", in HRG, Spalte 183 ff.

3) vgl. Weißler, a.a.O., S. 187 f.; Buchda, a.a.O., Spalte 188

4) vgl. Böhring, Geschichte der deutschen Rechtspflege seit 1500, S. 113

5) vgl. Vargha, a.a.O., S. 179 f. und 193

6) vgl. Vargha, a.a.O., S. 182 und 200 f.

und Selbsttätigkeit am meisten in den besitzenden Classen" ⁷⁾ waren.

1. Verbeamtung der Rechtsanwälte; "fürchterliche Musterung", Assistenzräte und Justizkommissare

Bei der allgemeinen, gegen die Sachwalterschaft gerichteten Stimmung forderte man zu Beginn des 18. Jahrhunderts eine stärkere staatliche Kontrolle über die Sachwalterschaft. ⁸⁾

Im Zuge der sogenannten "fürchterlichen Musterung" von 1713 wurde in Preußen unter Friedrich Wilhelm I. zunächst die Zahl der zugelassenen Anwälte drastisch vermindert, ⁹⁾ bis dann unter der Herrschaft Friedrich des Großen und seines Justizministers Johann Casimir von Carmer die freie Advokatur gänzlich abgeschafft wurde. Durch die unter dem Namen Corpus juris Fridericianum, Erstes Buch am 26.4.1781 als Gesetz verkündete Prozeßordnung wurde die Ablösung der Advokaten durch die Assistenzräte besiegelt. ¹⁰⁾ Aufgabe dieser Assistenzräte war, das Gericht bei der Ermittlung der Wahrheit zu unterstützen und ihm alle in Erfahrung gebrachten Umstände mitzuteilen, auch wenn dies der Partei nachträglich war. ¹¹⁾ Sie hatten den Status eines richterlichen Beamten, bezogen ein festes Gehalt und wurden den Parteien zugewiesen. Damit war die Advokatur in Preußen verstaatlicht.

7) Rudolf von Gneist, Freie Advokatur, S. 4; vgl. auch Weißler, a.a.O., S. 301; Buchda, a.a.O., Sp. 189

8) vgl. Döhring, a.a.O., S. 113

9) vgl. Weißler, a.a.O., S. 298

10) vgl. Weißler, a.a.O., S. 349 ff

11) vgl. Weißler, a.a.O., S. 352; Gneist, a.a.O., S. 8

Demgegenüber konnten die Parteien den ebenfalls neu geschaffenen Justizkommissar frei wählen. Die Justizkommissare fungierten als Rechtsbeistände im außergerichtlichen Bereich und für die freiwillige Gerichtsbarkeit; außerdem oblag ihnen die Verteidigung in Strafsachen und das Betreiben der Zwangsvollstreckung.¹²⁾ Aber schon bald erfüllten sie auch die Aufgaben der Assistenzräte mit, da diese amtlichen Helfer aufgrund des Mißtrauens der Parteien sich nicht bewährt hatten.¹³⁾

Die Justizkommissare erhielten zwar keine staatliche Besoldung und konnten frei gewählt werden, im übrigen aber war ihre Stellung durchaus eine beamtenähnliche. Sie waren einer weitreichenden Kontrolle des Staates abs. in politischer Hinsicht unterworfen; ihre Entlassung war unter sehr unbestimmten Voraussetzungen möglich. Daneben waren noch die Gerichte, auch die Untergerichte zur Disziplinierung der Anwälte befugt.¹⁴⁾

Aber trotz dieser staatlichen Bevormundung der Advokatur gelangte gegen Ende des 18. und zu Beginn des 19. Jahrhunderts dieselbe wieder zu neuem Ansehen. Dies hatte seine Ursache vor allem in dem zu jener Zeit aufkommenden Liberalismus mit seiner Wertschätzung der Freiheit und der Würde des einzelnen. In dem Streben nach verstärktem Schutz des Rechtssuchenden erkannte man den Anwalt als notwendigen Helfer gegen richterliche Willkür und fürstlichen Despotismus.¹⁵⁾ So war zwar die Wertschätzung der Justizkommissare gestiegen,¹⁶⁾ doch war es bei ihrer verbeamteten Stellung und ihren beschränkten Wirkungsmöglichkeiten geblieben.

12) vgl. Döhring, a.a.O., S. 114 f; Weißler, a.a.O., S. 353 f

13) vgl. Weißler, a.a.O., S. 355 ff

14) vgl. Döhring, a.a.O., S. 115; Gneist, a.a.O., S. 15 f

15) vgl. Döhring, a.a.O., S. 117

16) vgl. Weißler, a.a.O., S. 436

2. Reformbestrebungen Mitte des 19. Jahrhunderts

In der Mitte des 19. Jahrhunderts fanden in Preußen durchgreifende Reformen des Gerichtswesens statt.¹⁷⁾ An der grundsätzlich abhängigen Stellung der Anwälte - wie die Justizkommissare nun hießen - änderte sich aber nichts. Zwar schuf man die sogenannten Ehrenräte, die als freigewählte Anwälte die Disziplinargewalt erster Instanz über die Anwälte ausüben sollten. Sie wurden allerdings nicht als echte Standesorganisation, sondern als ein zusätzliches Überwachungsinstrument aufgefaßt.¹⁸⁾

Die Bestrebungen nach Unabhängigkeit der Anwälte von Staat und Gericht wurden deshalb immer stärker. So bezeichnete z.B. Rudolf von Gneist die Beamtenstellung der Anwälte als "eigentlich treibende Wurzel des Übels";¹⁹⁾ und er stellte die Frage, wie denn die Verteidigung im Strafprozeß als ein "Gegenstaatsamt"²⁰⁾ gedacht werden soll.

Aber konkrete Reformvorschläge Gneists und anderer, wie z.B. Entlassung der Anwälte aus ihrer Staatsdienerstellung, Ersetzung richterlicher Disziplinargewalt durch die Aufsicht neu zu bildender Anwaltskammern, Niederlassungsfreiheit, Aufhebung des numerus clausus usw. blieben zunächst erfolglos.²¹⁾ Eine Ursache dafür kann in dem längeren Stillstand der Reformbewegung durch die allgemeine politische Situation in der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts gesehen werden, die gekennzeichnet war durch das Scheitern der Revolution von 1848 und dem Bemühen, rechtsstaatlich-liberales Denken möglichst zurückzudrängen.²²⁾

17) vgl. Gneist, a.a.O., S. 10

18) vgl. Huffmann, Kampf um freie Advokatur, S. 55

19) Gneist, a.a.O., S. 55

20) Gneist, a.a.O., S. 56

21) vgl. Gneist, a.a.O., S. 54 ff; Huffmann, a.a.O., S. 23 ff m.w.N.

22) vgl. auch Huffmann, a.a.O., S. 131; Lothar Müller, a.a.O., S. 26

II. Deutsches Reich und Weimarer Zeit

1. Die Reichsjustizgesetze von 1877

Mit der Reichsgründung im Jahre 1871 ergab sich die Notwendigkeit der Schaffung eines einheitlichen deutschen Rechts. Nachdem bereits am 15.5.1871 das Reichsstrafgesetzbuch erschienen war, erfolgte eine Neuregelung des Prozeßrechts durch die vier großen sogenannten Reichsjustizgesetze von 1877: Gerichtsverfassungsgesetz, Zivilprozeßordnung, Strafprozeßordnung und Konkursordnung.

Durch das neue GVG und die neue StPO wurde der Inquisitionsprozeß endgültig abgeschafft und der öffentlich und mündlich durchgeführte Anklageprozeß normiert.

2. Die Reichsanwaltschaftsordnung von 1878

Eine Regelung der allgemeinen rechtlichen Stellung des Anwalts erfolgte durch die Reichsanwaltschaftsordnung (RAO) vom 1.7.1878. Sie brachte die Entscheidung für eine bereits zuvor in einigen Ländern (z.B. Österreich) eingeführte freie Advokatur und die Absage an die preußische Verbeamtung der Anwälte.²³⁾

Wesentliches Merkmal der Aufhebung der Staatsdieneigenschaft der Anwälte war, daß der Zugang zum Anwaltsberuf nun durch eine Zulassung seitens der Landesjustizverwaltung erfolgte, auf die der Bewerber unter den gegebenen Voraussetzungen einen Anspruch hatte; eine Bedürfnisprüfung fand nicht mehr statt. Auch ein willkürlicher Entzug der Zulassung war nicht mehr möglich, da

23) vgl. Döhring, a.a.O., S. 119

die Behörden nur bei Vorliegen einer der gesetzlich geregelten Gründe und nach Anhörung des Vorstandes der Kammer tätig werden durften. Im übrigen wurde über den Ausschluß nur durch ein ehrengerichtliches Verfahren entschieden. Auch die Disziplinargewalt der Gerichte entfiel. Über die Einhaltung anwaltlicher Pflichten wachte nunmehr der Vorstand der Anwaltskammer als erstinstanzliches Ehrengericht, während zweite Instanz der Ehrengerichtshof beim Reichsgericht war.²⁴⁾

Die RAO gab den Anwälten insgesamt gesehen eine im wesentlichen vom Staat unabhängige und freie Stellung, enthält aber auch noch etliche Bindungen, von denen z.B. Triepel behauptete, daß sie unverändert in jedes beliebige Beamten-gesetz hineinpassen würden.²⁵⁾ Dieser Kritik ist aber entgegenzuhalten, daß solche Bindungen des Anwalts wie z.B. die Residenzpflicht, Honorierung nach einer festen Gebührenordnung, Ver-eidigung, Anzeigepflicht bei Abwesenheit usw. den Kernbereich anwaltlicher Unabhängigkeit vom Staat, nämlich freien Zugang zum Beruf und Freiheit vor staatlicher Bevormundung, nicht berühren. Dagegen ist Triepel hinsichtlich der Versagung der vollen Freizügigkeit und der sehr weit gefaßten Disziplinarvorschrift des § 28 RAO zuzustimmen. Und ibs. das Mitwirkungsrecht der Staatsanwaltschaft und der staatlichen Richter im ehrengerichtlichen Verfahren sowie das staatliche Aufsichtsrecht über die Anwaltskammern müssen als eine Beeinträchtigung der Unabhängigkeit der Anwaltschaft gewertet werden. Demgegenüber wurden die Bindungen des einzelnen Anwalts an die öffentlich-rechtliche Standesorganisation als notwendiges Korrelat der Freigebung der Advokatur angesehen.²⁶⁾

24) vgl. Ostler, Die deutschen Rechtsanwälte 1871-1971, S. 15 ff; Müller, a.a.O., S. 29 ff

25) Triepel, Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf, S. 23

26) vgl. dazu Müller, a.a.O., S. 33 ff, der die Regelungen der RAO im einzelnen einer kritischen Würdigung unterzieht.

Die Grundprinzipien der RAO von 1878 blieben trotz Bemühungen in unterschiedlichen Richtungen²⁷⁾ bis zur Neuregelung des Anwaltsrechts durch den Nationalsozialismus erhalten.

3. Die Stellung des Verteidigers, insb. in der Rechtsprechung des Reichsgerichts

In der Rechtsprechung des Reichsgerichts wird anfänglich eine liberale Auffassung von der Stellung und Funktion des Strafverteidigers sichtbar. So heißt es in einem Urteil aus dem Jahre 1888: "Die Stellung des Verteidigers im Strafprozesse ... wurzelt in Beziehung auf das Recht und die Pflicht, zur objektiven Wahrheitsermittlung, wenn auch nur in der besonderen Richtung auf die Nichtschuld oder die geringere Strafbarkeit des Angeklagten, beizutragen, im öffentlichen Rechte und erweist sich insofern von jeder anderen Kontrolle als derjenigen des eigenen Gewissens unabhängig."²⁸⁾

Diesem Verständnis vom Verteidiger als Beistand des Beschuldigten und einseitigen Interessenvertreters, der nur zugunsten des Beschuldigten tätig werden darf, entsprach auch die damalige herrschende Lehre.²⁹⁾ Vor allem Franz v. Liszt³⁰⁾ hob hervor, daß der Verteidiger gerade dadurch, daß er vom einseitigen Parteistandpunkt aus die Interessen des Beschuldigten wahrnimmt, der Wahrheitserforschung im Sinne des Gesetzes diene; "je ent-

27) vgl. dazu Müller, a.a.O., S. 39 ff

28) RGSt 17, 315, Urteil vom 1.5.1888; vgl. auch I. Müller, DuR 1977, 273 f.

29) vgl. Franz v. Liszt, DJZ 1901, 179 ff; Karl v. Lilienthal, DJZ 1914, 28 ff; vgl. auch RGSt 37, 23 und 64, 164, wo ebenfalls noch ausdrücklich vom Verteidiger als "Beirat" bzw. als "Beistand" gesprochen wird.

30) a.a.O., S. 180

schiedener er das thut, desto fester hoffen wir, daß die Wahrheit zu Tage treten werde."

Aber bereits im Jahre 1906 sah sich derselbe Autor zu der Klage veranlaßt, "daß unsere Gesetzgebung und noch mehr unsere Praxis das ihrige tun, um allen feiner organisierten Naturen die Tätigkeit als Verteidiger zu verleiden."³¹⁾ Damit spielte von Liszt auf die Tendenz einer stärkeren Inpflichtnahme des Verteidigers an, die schließlich im Jahre 1926 auch in der Rechtsprechung des Reichsgerichts ihren deutlichen Ausdruck fand, indem das Gericht³²⁾ erstmals vom Verteidiger als "Organ der Rechtspflege" sprach. Der Verteidiger sei neben dem Gericht und der Staatsanwaltschaft ein gleichberechtigtes Organ der Rechtspflege. "Diese Auffassung muß notwendig dazu führen, an die Tätigkeit des Verteidigers einen strengeren Maßstab anzulegen, als wenn man ihn lediglich als Helfer des Angeklagten betrachten würde."³³⁾ Und wenig später folgte das Gericht aus der Organstellung "die Pflicht des Verteidigers zur unbefangenen, objektiven juristischen Beurteilung der Sachlage."³⁴⁾

Entgegen der Behauptung des Gerichts, seine Auffassung vom Verteidiger als "Organ der Rechtspflege" stünde in Übereinstimmung "mit der ganz überwiegenden Mehrheit der modernen Rechtslehre",³⁵⁾ stieß es auf heftige Kritik

31) Franz v. Liszt, Die Reform des Strafverfahrens, S. 21

32) RG, JW 1926, 2756, Beschluß vom 2.11.1926; zuvor hatte bereits der Ehrengerichtshof den Rechtsanwalt als "Organ der Rechtspflege" bezeichnet, z.B. schon in der Entscheidung vom 25.5.1893 - EGH I, 140 ff; vgl. dazu Knapp, a.a.O., S. 36 ff

33) RG, a.a.O.

34) RG, DRiZ 1928, 471, Beschluß vom 22.5.1928; vgl. auch RG, JW 1929, 568

35) RG, JW 1926, 2756

der "ganz überwiegenden Mehrheit".³⁶⁾ Doch wurde dadurch nicht verhindert, daß sich der Begriff "Organ der Rechtspflege" in der Rechtsprechung des Reichsgerichts etablierte und vor allem zur Begründung einer Zurückweisung oder des Ausschlusses eines der Teilnahme oder der Begünstigung verdächtigen Verteidigers diente.³⁷⁾

Bemerkenswert ist, daß es sich dabei stets um sogenannte politische Prozesse, in der Regel gegen Kommunisten wegen Hochverrats handelte, so daß das Reichsgericht dem Vorwurf ausgesetzt ist, in der Endphase der Weimarer Republik der in politisch unruhigen Zeiten naheliegenden Versuchung erlegen zu haben, auch den Strafprozeß zur Bekämpfung des politischen Gegners benutzt zu haben.³⁸⁾

-
- 36) vgl. Alexander, ZStW 1931, 57 ff; Alsberg, JW 1926, 2756 (Anmerkung zur RG-Entscheidung an gleicher Stelle); Beling, LZ 1927, 518; Heine, Die Justiz, I - 1925/26, S. 44; Ebermayer, DJZ 1927, 136; Bendix, LZ 1927, 511; Oborniker, Die Justiz, IV - 1928/29, S. 299 ff kommt auf S. 305 zu der treffenden Feststellung: "Der Anwalt als Organ der Rechtspflege ist ein Schlagwort, das Inhalt und Bedeutung erst durch den Aufgabenkreis erhält, den man dem Verteidiger zuweist."
- 37) vgl. RG, JW 1926, 2756; RG, AnwBl 1927, 58; RG, DRiZ 1928, 470 ff und die von Oborniker, a.a.O. erwähnten Fälle
- 38) Diese Kritik äußert indirekt auch U. Weber, GA 1975, 289, 290; vgl. auch I. Müller, DuR 1977, 274

III. Die Zeit des Nationalsozialismus

1. Umgestaltung des Anwaltsrechts; ibs. die Reichsrechts-anwaltsordnung von 1936

Nach der sogenannten Machtergreifung am 30.1.1933 dauerte es nicht lange, bis sich die Gewaltherrschaft des Nationalsozialismus auch des Anwaltsrechts annahm und die weitgehend freie Advokatur wieder beseitigte, um auch die Anwaltschaft nationalsozialistischen Zielen dienstbar zu machen. Von der Vielfalt entsprechender Maßnahmen sollen nur einige der wichtigsten erwähnt werden.

Durch Gesetz über die Zulassung zur Rechtsanwaltschaft vom 7.5.1933³⁹⁾ erfolgte ein erster bedeutsamer Schritt in Richtung Abschaffung der freien Advokatur. Das Gesetz bestimmte, daß Nichtarier nicht als Rechtsanwälte zugelassen werden konnten, auch wenn die Versagungsgründe der RAO nicht vorlagen, daß bereits erfolgte Zulassungen von nichtarischen Anwälten zurückgenommen werden konnten und daß Personen, die sich kommunistisch betätigt hatten, die Zulassung zu versagen bzw. zu entziehen war. Und in dem Bemühen, die damals noch nicht verbotene Kommunistische Partei Deutschlands nicht nur politisch zu bekämpfen, erging die Durchführungsverordnung vom 20.7.1933,⁴⁰⁾ die Sanktionen für den Fall androhte, daß ein Anwalt z.B. besonders häufig oder unter besonderen Umständen Kommunisten vertrat. Ergebnis dieser Maßnahmen war, daß 1933 rund 1500 Anwälten aus politischen oder rassischen Gründen die Zulassung entzogen wurde.⁴¹⁾

39) RGB1 1933, S. 188

40) RGB1 1933, S. 528

41) vgl. Müller, a.a.O., S. 61 m.w.N.

Zu der Dezimierung der Anwaltschaft trug daneben auch die damalige Rechtsprechung des Ehrengerichtshofes bei. So bestrafte das Gericht z.B. die freundschaftlichen Beziehungen eines Anwalts zu einer Jüdin,⁴²⁾ ahndete die Eheschließung mit einer Jüdin als Standesverfehlung mit dem Ausschuß⁴³⁾ und betrachtete politische Kritik im bloßen Gespräch mit Gerichtsbeamten geäußert ebenfalls als Ausschußgrund.⁴⁴⁾

Eine weitere Verschlechterung der Stellung der Anwaltschaft brachte das Gesetz zur Änderung der RAO vom 20.12.1934.⁴⁵⁾ Danach entschied nun nicht mehr der Vorstand der Kammer, sondern das Ermessen der Justizverwaltung darüber, ob das Verhalten eines Antragstellers mit dem Beruf und der Würde eines Rechtsanwalts vereinbar war. Ferner machte das Gesetz die Zulassung in einigen Fällen von einer Bedürfnisprüfung abhängig. Die freie Advokatur gehört damit der Vergangenheit an.

1936 wurde dann die alte RAO endgültig durch die neue Reichsrechtsanwaltsordnung (RRAO) ersetzt.⁴⁶⁾

In deren Vorspruch wurde der Rechtsanwalt als "der berufene, unabhängige Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten" bezeichnet, und offiziellen Verlautbarungen gemäß sollte die Freiheit der Advokatur unbedingt erhalten werden.⁴⁷⁾ Jedoch war mit diesem Begriff der Freiheit eine neue, im nationalsozialistischen Sinne zu verstehende Freiheit gemeint, die im bewußten Gegensatz zum Freiheitsbegriff des bürgerlichen Liberalismus des 19. Jahrhunderts stand.⁴⁸⁾ Anwaltliche Freiheit sollte nur noch in dem durch die Stellung und die Aufgaben der Anwaltschaft im

⁴²⁾ EGH Bd. XXXI, S. 61 ff

⁴³⁾ EGH Bd. XXX, S. 64 ff

⁴⁴⁾ EGH Bd. XXIX, S. 88 ff

⁴⁵⁾ RGB1 1934, S. 1258

⁴⁶⁾ RGB1 1936, S. 107

⁴⁷⁾ vgl. Frank, JW 1935, S. 3448

⁴⁸⁾ vgl. Noak, JW 1936, S. 1748

Volkskörper gesetzten Rahmen existieren,⁴⁹⁾ wobei eine weitere Einengung in der "Auffassung von der Stellung des einzelnen zur Gesamtheit"⁵⁰⁾ erblickt wurde, so daß Handlungs- und Willensfreiheit begrenzt oder gar aufgehoben seien, wenn eine Gefahr für die Allgemeinheit drohe.⁵¹⁾ Der dem negativen Freiheitsbegriff des Liberalismus zugrundeliegende Gegensatz zwischen Obrigkeit und einzel- nem Bürger wurde von der nationalsozialistischen Weltan- schauung schlicht geleugnet: Staat und Volk seien eins und die Behörden und Beamten lediglich Diener des Volkes. Ein Widerspruch zwischen Staats- und Individualinteressen und somit die Notwendigkeit der Verteidigung gegenüber den staatlichen Richtern sei schon rein begrifflich gar nicht mehr möglich.⁵²⁾

Die Tätigkeit des Rechtsanwalts wurde demnach zwar weiterhin als Eintreten für die Gerechtigkeit im Einzel- falle definiert, aber nur soweit, als kein Widerspruch zwischen den Interessen seines Mandanten und denen der Gemeinschaft bestand.⁵³⁾ Wie die Rechtsprechung des EGH's zeigt, konnte bereits eine einseitige Wahrnehmung der Interessen seines Mandanten zum Ausschluß des Verteidigers führen.⁵⁴⁾

Bemerkenswert ist, daß die RRAO weiterhin die Freibe- ruflichkeit der Anwälte propagierte, obwohl doch zwecks einer Inpflichtnahme der Anwälte durch den totalitären Staat eine Verbeamtung preußischen Vorbilds nahegelegen hätte.⁵⁵⁾ Man hatte aber erkannt, daß sich eine solche Verbeamtung erübrigte. Denn aus der Stellung des Anwalts

49) vgl. Seydel, JW 1936, S. 1817

50) Noak, Kommentar zur RRAO, S. 25

51) vgl. Noak, a.a.O., S. 25

52) vgl. Seydel, JW 1936, S. 1817 ff; vgl. auch die übrigen bei Müller, a.a.O., S. 69, Fn. 65 angegebenen Autoren

53) vgl. Noak, Kommentar zur RRAO, S. 26

54) vgl. EGH Bd. XXX, S. 134 ff und Bd. XXXI, S. 35 ff

55) für eine Verbeamtung traten z.B. ein: Kühne, Der Ver- teidiger ohne grundrechtliches Gewand, S. 79; Claren, DJZ 1933, S. 1249 ff

als Organ der Rechtspflege ließ sich trefflich herleiten, daß er ohnehin - "trotz seiner freien Stellung und trotz seiner privatrechtlichen Beziehungen zu seinen Mandanten - mit seiner ganzen Person zum Staat in demselben besonderen Treueverhältnis steht, das die Stellung der Beamten charakterisiert".⁵⁶⁾

Die RRAO machte die Zulassung zur Anwaltschaft jetzt generell abhängig von einer Bedürfnisprüfung und legte sie in das Ermessen der staatlichen Behörden.

Das Hitlerregime hatte somit einen Rahmen geschaffen, innerhalb dessen die Anwälte nur noch als willfährige Diener der Staatsinteressen agieren konnten. Zwar erfuhr das Anwaltsrecht in der Folgezeit bis zum Zusammenbruch im Jahre 1945 noch mancherlei Änderungen,⁵⁷⁾ die aber an der unfreien und staatsabhängigen Stellung der Anwälte nichts änderten, sie vielmehr nur verstärkten. So wurde beispielsweise noch die selbständige anwaltliche Ehrengerichtbarkeit durch staatliche Disziplinargerichte ersetzt.⁵⁸⁾

2. Die Stellung des Verteidigers

Die Eingriffe des nationalsozialistischen Regimes in die Rechtspflege betrafen ihs. auch den Strafprozeß und die Verteidigung, deren Funktion auf dem Hintergrund des neu bestimmten Verhältnisses zwischen Staat und einzelner ebenfalls neu zu definieren war.

Die totale Mißachtung elementarer Grundsätze des Prozeßrechts verdeutlichen die bekannten, als "Röhm-Putsch" bezeichneten Ereignisse des Sommers 1934. Unter persön-

56) Hanssen, DR 1944, S. 355; vgl. dazu auch Knapp, a.a.O., S. 66 ff

57) vgl. dazu Müller, a.a.O., S. 79 ff

58) durch Verordnung zur Änderung und Ergänzung der RRAO vom 1.3.1943 - RGBI 1943, S. 123

licher Leitung von Hitler und Göring wurde eine Gruppe von SA-Führern erschossen, ohne daß eine Untersuchung oder ein Verfahren stattgefunden hätte. Per Reichsgesetz vom 3.7.1934⁵⁹⁾ wurde diese Aktion als Staatsnotwehr für rechtens erklärt. Göring sagte dazu am 13.7.1934 vor dem Reichstag: "... Das Recht und der Wille des Führers sind eins ... Das Handeln der Staatsführung in diesen Tagen war die höchste Verwirklichung des Rechtsbewußtseins des Volkes ... Keine Stelle kann mehr das Recht zu irgendeiner Nachprüfung dieser Aktion für sich in Anspruch nehmen ... Es kann nur eine Rechtsauffassung gelten, und zwar die, die der Führer selbst festgelegt hat".⁶⁰⁾

Damit war Hitler zum obersten Gerichtsherren geworden, der auch in der Folgezeit Strafurteile aufheben oder ändern konnte.⁶¹⁾

Der Nationalsozialismus benötigte ein Prozeßrecht, das frei von jeglichem den Richter nur behindernden Formalismus⁶²⁾ war und in dem grundlegende liberale Prinzipien wie Einzelgerechtigkeit und Rechtssicherheit "nur noch dann haltbar sein (sollten), wenn sie den Gesamtzwecken dienen"⁶³⁾ und ihre Beachtung der nationalsozialistischen Weltanschauung zugute käme.⁶⁴⁾ So wurde zunächst der Aufgabenbereich der Polizei auf Kosten der Zuständigkeit der Gerichte erweitert und verschärfte Sondergerichtsverfahren eingeführt. Die Sondergerichte wie auch der berüchtigte Volksgerichtshof waren einzinstanzliche Gerichte, gegen deren Urteile es keine Rechtsmittel gab. Das Verbot der reformatio in peius und das Analogieverbot hatten nun keine Geltung mehr; die Fälle notwendiger Verteidigung wurden eingeschränkt bzw. beseitigt.⁶⁵⁾

59) RGB1 1934, Teil I, Nr. 71, S. 529

60) in DJ 1934, 88 ff

61) vgl. Knapp, a.a.O., S. 53

62) vgl. Siegert, ZStW 54 (1935), S. 16.

63) Siegert, a.a.O., S. 16

64) vgl. dazu auch Knapp, a.a.O., S. 54 ff

65) vgl. Knapp, a.a.O., S. 57 ff

Die Stellung des Angeklagten wandelte sich in die eines bloßen Prozeßobjektes. Die neue Rechtsauffassung ließ es nicht mehr zu, "das Interesse der Volksgemeinschaft an einer straff zusammengefaßten zielsicheren Prozeßführung zurückzustellen gegenüber der bisher üblichen peinlichsten Sorge um die Freiheitsrechte des Individuums".⁶⁶⁾

Folglich änderte sich auch die Funktion des Verteidigers. An der Reinerhaltung der Gemeinschaft mitzuwirken sollte seine vornehmste Aufgabe sein.⁶⁷⁾ Selbstverständlich mußte er Anhänger der nationalsozialistischen Ideologie sein. Bei der Verteidigung hatte er die gebotene Distanz zum Angeklagten zu bewahren und jeglichen Angriff auf die Staatsautorität und die Partei zu vermeiden.⁶⁸⁾ Der EGH betrachtete es als unentschuldbare Standesverfehlung, wenn ein Verteidiger auch nur fahrlässig den Eindruck einer Kritik am Nationalsozialismus erweckte.⁶⁹⁾

Ibs. die Bezeichnung "Organ der Rechtspflege" diente zur Begründung besonderer Bindungen des Verteidigers an den Staat. Als Organ der Rechtspflege hatte sich der Verteidiger zuerst als ein "dem nationalsozialistischen Staat und der Volksgemeinschaft verpflichteter und verantwortlicher Rechtswahrer"⁷⁰⁾ zu betrachten. Die aus seiner Organstellung fließenden öffentlich-rechtlichen Pflichten hatten gegenüber den privatrechtlichen Bindungen zum Mandanten absoluten Vorrang.⁷¹⁾ Wenn ein Anwalt seinen Mandanten für schuldig hielt, sollte er sich nicht mehr für ihn einsetzen, sondern alles tun, "daß ein Schuldiger seiner gerechten Strafe zugeführt"⁷²⁾ werde.

66) Siegert, a.a.O., S. 21

67) vgl. Sack, a.a.O., S. 54

68) vgl. Müller, a.a.O., S. 71

69) vgl. EGH Bd. XXIX, S. 75 ff

70) Seydel, DR 1942, S. 1574

71) vgl. Hanssen DR 1944, S. 353

72) Staage, DR 1941, S. 523

Die Neubestimmung der Funktion des Verteidigers gipfelte in seiner Charakterisierung als "Gehilfe des Gerichts",⁷³⁾ der die Aufgabe habe, "das der neuen Volksgemeinschaft angemessene Recht mitzufinden, zu gestalten und das Volksrecht zu verwirklichen im Sinne des nationalen Sozialismus".⁷⁴⁾

Das so verstandene Institut der Verteidigung hatte damit seinen ursprünglichen Sinn verloren. Erst nach dem Zusammenbruch des dritten Reichs und unter der Herrschaft des Bonner Grundgesetzes wurden die Funktion des Verteidigers und die Stellung des Anwalts in der Bundesrepublik Deutschland unter freiheitlich-rechtsstaatlichen Aspekten neu bestimmt und geordnet.

73) Gonell, Die Stellung des Verteidigers im modernen Strafprozeß, S. 13; vgl. auch Dahs, AnwBl 1959, S. 178

74) Noak, JW 1936, S. 1746 ff

IV. Ausblick

Seit dem Inkrafttreten des Bonner Grundgesetzes vom 23. Mai 1949, der Bundesrechtsanwaltsordnung vom 1.8.1959 und der sogenannten kleinen Strafprozeßreform aus dem Jahre 1964 gibt es in der Bundesrepublik Deutschland wieder wirklich unabhängige Rechtsanwälte, die einen freien Beruf ausüben und in der Lage sind, dem Beschuldigten im Strafverfahren eine umfassende Verteidigung und Interessenwahrnehmung zu bieten. Dies ist die notwendige Folge des vom Grundgesetz erfüllten Anspruchs, einen Rechtsstaat zu konstituieren. Welche Bedeutung der Rechtsanwalt und ibs. der Verteidiger für einen solchen Rechtsstaat hat, wird vom Bundesverfassungsgericht noch 1973⁷⁵⁾ betont: "Für einen rechtsstaatlich geordneten Strafprozeß ist es von großem Gewicht, daß der Beschuldigte die Möglichkeit hat, von einem Anwalt seines Vertrauens verteidigt zu werden. Von nicht geringerer Bedeutung ist es, daß dieser Anwalt einen freien Beruf ausübt, der staatliche Kontrolle und Bevormundung prinzipiell ausschließt. Das Recht der freien Verteidigerwahl und der seit einem Jahrhundert anerkannte Grundsatz der 'freien Advokatur' (BVerfGE 15, 226, 234) sind wesentliche Voraussetzungen eines Strafverfahrens, in dem der Beschuldigte nicht zum Objekt staatlichen Handelns wird, sondern seine Stellung als Prozeßobjekt behauptet und die damit verbundenen Rechte auch wirksam zu nutzen vermag."

Andererseits wurde vor allem vom Bundesgerichtshof schon bald wieder der Versuch unternommen, mit Hilfe der in § 1 BRAO getroffenen Qualifizierung des Rechtsanwalts als ein "Organ der Rechtspflege" den Anwalt einer stär-

75) BVerfGE 34, 293, 302

keren Pflichtenbindung zu unterwerfen⁷⁶⁾ und z.B. einen (damals gesetzlich nicht vorgesehenen) Verteidigerausschluß mit dieser Organstellung zu rechtfertigen.⁷⁷⁾ Das Bundesverfassungsgericht⁷⁸⁾ stellte jedoch klar, daß § 1 BRAO und damit die Organstellung jedenfalls nicht als Eingriffsermächtigung in die Rechte eines Verteidigers angesehen werden kann. Auch der Versuch des BGH's,⁷⁹⁾ für einen Verteidigerausschluß eine Rechtsgrundlage in vor-konstitutionellem Gewohnheitsrecht zu finden, wurde vom Bundesverfassungsgericht⁸⁰⁾ zurückgewiesen.

Mit dem Aufkommen der Terrorismuskriminalität und dem Einsetzen gesetzgeberischer Reaktionen seit etwa 1974 wandelte sich jedoch diese bisher ausgesprochen liberale, rechtsanwalts- und verteidigerfreundliche Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. So heißt es in einer Entscheidung vom 8.10.1974,⁸¹⁾ daß der Anwalt ein unabhängiges Organ der Rechtspflege und sein Beruf ein staatlich gebundener Vertrauensberuf sei, der ihm eine auf Wahrheit und Gerechtigkeit verpflichtete amtsähnliche Stellung zuweise. Darüberhinaus fällt auf, daß in weiteren und mit den neuerlichen, die Stellung des Verteidigers berührenden Gesetzesänderungen zusammenhängenden Entscheidungen hervorgehoben wird, daß der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit die Aufrechterhaltung einer funktionstüchtigen Rechtspflege verlange und das Gericht diesem Aspekt in zunehmendem Maße Vorrang vor den Interessen des Rechtsanwalts und des Beschuldigten einräumt.⁸²⁾

Inwieweit dem Bundesverfassungsgericht dabei vorzuwerfen ist, ähnlich wie das Reichsgericht gegen Ende der

76) vgl. dazu Knapp, a.a.O., S. 93 ff

77) BGHSt 9, 22

78) BVerfGE 22, 114

79) BGH, NJW 1972, 2140 ff

80) BVerfGE 34, 293

81) BVerfGE 38, 105, 119

82) vgl. z.B. BVerfG, NJW 1975, 1013; 1977, 1269; 1977, 1767

Weimarer Republik⁸³⁾ zu sehr vom politischen Zweckmäßigkeitsdenken beeinflusst gewesen zu sein und die Verfassungsmäßigkeit einiger Neuregelungen vielleicht vorschnell bejaht zu haben, wird im Verlauf dieser Arbeit⁸⁴⁾ noch zu erörtern sein.

83) siehe oben II., 3.

84) im 3. Teil

2. Teil: VERFASSUNGSRECHTLICHE EINORDNUNG DES RECHTSANWALTSBERUFS

I. Berufsrechtliche Qualifizierung; der Rechtsanwalt und Art. 12 GG

1. Vorbemerkung

Die verfassungsrechtliche Standortbestimmung eines Berufs führt in erster Linie zu der Frage, welchen Schutz der Berufsinhaber vor staatlicher Reglementierung genießt. Dabei ist grundsätzlich für private Berufe Art. 12 GG die alleinige Maßstabnorm, so daß die Zulässigkeit von Eingriffen in die Berufsfreiheit an der zu Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG entwickelten Stufensystematik zu messen ist, die zunächst dargestellt werden soll.

Beim Rechtsanwalt ist allerdings zu berücksichtigen, daß seine Tätigkeit für den einzelnen rechtssuchenden Bürger und für eine rechtsstaatlich organisierte Rechtspflege selbst von allergrößter Bedeutung ist. Somit gilt es der Frage nachzugehen, ob diese besondere Gemeinschaftsbezogenheit des Anwaltsberufs, die ihn von anderen privaten Berufen unterscheidet, möglicherweise auch zu einer abweichenden grundrechtssystematischen Einordnung führt und den Geltungsumfang des Art. 12 GG für den Anwalt beeinträchtigt. Dafür ist es erforderlich, zuvor die besondere Funktion und den Aufgabenbereich des Anwalts sowie die bestehende Ausgestaltung seines Berufsrechts überblickmäßig darzustellen.

Im Anschluß an die Ermittlung der für den Anwaltsberuf generell maßgeblichen verfassungsrechtlichen Maßstäbe soll exemplarisch anhand einiger Regelungen seines Berufsrechts

der Umfang der Regelungsbefugnis im konkreten Einzelfall verdeutlicht werden.

2. Die Berufsfreiheit des Art. 12 GG; zur "Stufentheorie" des Bundesverfassungsgerichts

Art. 12 Abs. 1 Satz 1 GG gewährleistet allen Deutschen das Recht, Beruf, Arbeitsplatz und Ausbildungsstätte frei wählen zu können. Damit wird dem einzelnen das Grundrecht garantiert, jede erlaubte Tätigkeit als Beruf zu ergreifen, auch wenn sie nicht einem traditionell oder rechtlich fixierten Berufsbild entspricht.⁸⁵⁾ Bei Art. 12 GG handelt es sich um unmittelbar geltendes Recht und nicht - wie etwa noch Art. 151 Abs. 3 WV - um eine bloße Proklamierung der Gewerbefreiheit als eines objektiven Prinzips der Gesellschafts- und Wirtschaftsordnung.⁸⁶⁾ Das Grundrecht der Berufsfreiheit ist überwiegend als ein staatsgerichtes Recht, also als ein Abwehrrecht gegen Eingriffe der öffentlichen Gewalt in die Sphäre des einzelnen zu verstehen und nicht als ein Leistungsrecht.⁸⁷⁾

Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG gibt dem Gesetzgeber die Befugnis, die Berufsausübung durch Gesetz oder aufgrund eines Gesetzes zu regeln. Wegen der Beschränkung des Gesetzestextes auf die Berufsausübung und der im Gewerberecht seit langem gebräuchlichen Unterscheidung zwischen "Zulassung" und "Ausübung" eines Gewerbes wurde in der Rechtslehre zunächst versucht, Berufswahl und Berufsausübung von einander abzugrenzen.⁸⁸⁾ Denn infolge des unverkenn-

85) vgl. BVerfGE 7, 377

86) vgl. BVerfGE 7, 377, 397; Maunz-Dürig-Herzog, Art. 12, Rdnr. 2

87) vgl. Maunz-Dürig-Herzog, Art. 12, Rdnr. 3

88) vgl. Bachof, Freiheit des Berufs, S. 192; Maunz-Dürig-Herzog, Art. 12, Rdnr. 29

baren Wortlauts sah man in den beiden Sätzen des Art. 12 Abs. 1 GG zwei verschiedene und verschieden stark geschützte Grundrechte: das Recht der freien Berufswahl als grundsätzlich unbeschränkbares (oder nur kraft immanenter Schranken konkretisierbares) Grundrecht einerseits und das Recht der freien Berufsausübung als ein durch einfaches Gesetz beschränkbares Grundrecht andererseits.⁸⁹⁾ In diesem Zusammenhang war ihs. die Frage problematisch, ob der Akt der Berufsaufnahme nebst den ihn beschränkenden Zulassungsvoraussetzungen zur "Wahl", zur "Ausübung" oder zu beiden zu rechnen sei.⁹⁰⁾

Diese Schwierigkeiten wurden durch das "Apotheken-Urteil" des Bundesverfassungsgerichts und die Anerkennung eines einheitlichen Begriffs der Berufsfreiheit gelöst. "... die Begriffe 'Wahl' und 'Ausübung' des Berufs lassen sich nicht so trennen, daß jeder von ihnen nur eine bestimmte zeitliche Phase des Berufslebens bezeichnede, die sich mit der anderen nicht überschneidet; namentlich stellt die Aufnahme der Berufstätigkeit sowohl den Anfang der Berufsausübung dar wie die gerade hierin - und häufig nur hierin - sich äußernde Betätigung der Berufswahl ... So ist Art. 12 Abs. 1 ein einheitliches Grundrecht (der 'Berufsfreiheit') jedenfalls in dem Sinn, daß der Regelungsvorbehalt des Satz 2 sich 'dem Grunde nach' sowohl auf die Berufsausübung wie auf die Berufswahl erstreckt."⁹¹⁾

Nach den Darlegungen des Gerichts ist die Regelungsbe-
fugnis dem Gesetzgeber "um der Berufsausübung willen ge-
geben", so daß sie nur "unter diesem Gesichtspunkt allen-
falls auch in die Freiheit der Berufswahl eingreifen"
darf.⁹²⁾ Daraus folgt das Gebot einer Differenzierung

89) vgl. Bachof, a.a.O.

90) vgl. z.B. BVerwGE 1, 48, 50; 2, 89, 93 und BVerwGE 7, 377, 388; Hamel, DVBl 1958, 37; ferner Bachof, a.a.O.; Scheuer, Berufsfreiheit und Grundgesetz, S. 80 ff

91) BVerfGE 7, 377, 401 f

92) BVerfGE 7, 377, LS 5 und S. 402 ff

zwischen der Zulässigkeit von Eingriffen in die Berufswahl und in die Berufsausübung. Die Regelungsbefugnis ist inhaltlich "umso freier, je mehr sie reine Ausübungsregelung ist, um so enger begrenzt, je mehr sie auch die Berufswahl berührt."⁹³⁾ Davon ausgehend entwickelte das Gericht folgende Grundsätze:

Die Freiheit der Berufsausübung kann beschränkt werden, soweit vernünftige Erwägungen des Gemeinwohles dies zweckmäßig erscheinen lassen; der Grundrechtsschutz beschränkt sich hier auf die Abwehr in sich verfassungswidriger, z.B. übermäßig belastender oder nicht zumutbarer Auflagen.⁹⁴⁾ Die Freiheit der Berufswahl darf demgegenüber nur eingeschränkt werden, "soweit der Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter es zwingend erfordert"; ergibt sich danach die Notwendigkeit eines Eingriffs, so muß der Gesetzgeber nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit des Mittels "stets diejenige Form des Eingriffs wählen, die das Grundrecht am wenigsten beeinträchtigt."⁹⁵⁾

Darüberhinaus nimmt das Gericht bei Eingriffen in die Berufswahl eine weitere Differenzierung zwischen subjektiven und objektiven Zulassungsvoraussetzungen vor.⁹⁶⁾ Subjektive Zulassungsvoraussetzungen sind formalisierte, sich aus einem konkreten Lebensverhältnis ergebende Erfordernisse, wie etwa die fachliche Eignung oder die persönliche Zuverlässigkeit, die ein Bewerber nach seinem freien Entschluß erfüllen kann.⁹⁷⁾ Dagegen sind objektive Zulassungsvoraussetzungen wie z.B. das Bestehen eines wirtschaftlichen Bedürfnisses, keiner willensmäßigen Beeinflußbarkeit des Bewerbers zugänglich. Subjektive Zu-

93) BVerfGE 7, 377, 402 ff

94) vgl. BVerfGE 7, 377, LS 6 a) und auch E 16, 147; 22, 114, 123; 30, 292, 317; 33, 240, 244

95) BVerfGE 7, 377, LS 6 b)

96) BVerfGE 7, 377, LS 6 a); so auch zuvor bereits BVerwGE 1, 48

97) vgl. BVerwGE 1, 169, 273

lassungsvoraussetzungen sind nach Auffassung des Gerichts legitim, weil sonst die Ausübung mancher Berufe unmöglich oder unsachgemäß wäre oder Gefahren oder Schäden für die Allgemeinheit mit sich bringen würde; jedoch darf auch der damit verbundene Grundrechtseingriff nicht außer Verhältnis zu dem angestrebten Zweck einer ordnungsgemäßen Erfüllung der Berufstätigkeit stehen. Im Gegensatz dazu sind objektive Zulassungsvoraussetzungen nur zulässig "zur Abwehr nachweisbarer oder höchstwahrscheinlicher, schwerer Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut."⁹⁸⁾

Und schließlich fordert das Bundesverfassungsgericht, daß Berufsregelungen stets auf der "Stufe" vorzunehmen sind, die den geringsten Eingriff in die Freiheit der Berufswahl zur Folge hat; "die nächste 'Stufe' darf der Gesetzgeber erst dann betreten, wenn mit hoher Wahrscheinlichkeit dargetan werden kann, daß die befürchteten Gefahren mit (verfassungsmäßigen) Mitteln der vorausgehenden 'Stufe' nicht wirksam bekämpft werden können."⁹⁹⁾ Auch dieses Erfordernis verdeutlicht, daß die Stufentheorie insgesamt eine auf Art. 12 GG zugeschnittene, besondere Ausprägung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit darstellt.

Diese Rechtsprechung hat im Schrifttum weitgehend Zustimmung gefunden.¹⁰⁰⁾ Jedoch war der Stufentheorie von Anfang an auch entgegenzuhalten, daß die Unterscheidung zwischen den einzelnen Begriffen ibs. zwischen subjektiven und objektiven Zulassungsvoraussetzungen keineswegs immer eindeutig zu treffen ist und darüberhinaus entgegen der Grundannahme des Gerichts manche subjektive Zulassungsvoraussetzungen (wie z.B. Höchstaltersgrenzen¹⁰¹⁾) den Berufs-

98) BVerfGE 7, 377, LS 6 c)

99) BVerfGE 7, 377, LS 6 d)

100) vgl. nur Bachof, a.a.O., S. 193; Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, § 12 I 9 a); Stein, Lehrbuch des Staatsrechts, § 16 I; kritisch: Schwabe, DÖV 1969, 734; Rupp, AöR 92, 234

101) vgl. BVerfGE 9, 338

inhaber weit empfindlicher berühren als gewisse objektive Zulassungsvoraussetzungen (z.B. rein zeitliche oder räumliche Hinderungsgründe).¹⁰²⁾

Dieser Kritik hat das Bundesverfassungsgericht Rechnung getragen und vor allem im "Kassenarzt-Urteil"¹⁰³⁾ das Differenzierungsgebot auch auf die Ausübungsregelungen ausgedehnt. Ausübungsregelungen könnten so in die Nähe einer Zulassungsregelung kommen, daß sie dann nach deren strengeren Voraussetzungen zu beurteilen seien.¹⁰⁴⁾

Damit ist aus der Dreistufentheorie eine Vierstufentheorie geworden:¹⁰⁵⁾ Berufsausübungsregelungen und Berufswahlregelungen gliedern sich in jeweils zwei Regelungsstufen, ohne daß die einzelnen Stufen klar voneinander abgegrenzt werden könnten. Die Zulässigkeit einer gesetzlichen Regelung ergibt sich demnach nicht mehr allein aus der formalen Zugehörigkeit zu einer bestimmten Stufe, sondern aus der Intensität ihrer Einwirkung auf die Freiheit des Berufs. Allein der Hinweis, vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls ließen eine Berufsausübungsregelung zweckmäßig erscheinen, reicht nicht aus; vielmehr sind die Schwere der Beeinträchtigung und insb. ihre Nähe zur Berufswahlregelung

102) vgl. Bachof, a.a.O., S. 217 ff; derselbe, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Bd. I, Teil 1 A 31 und Teil 2 A 70; unklar ist auch die vom BVerfG häufiger gebrauchte Lehre vom "Berufsbild" - vgl. Maunz-Dürig-Herzog, Art. 12, Rdnr. 26. Einerseits soll der Schutz, den Art. 12 GG gewährt, nicht auf typische Berufe, für die es ein herkömmliches "Berufsbild" gibt, beschränkt sein; andererseits gesteht das Gericht dem Gesetzgeber zu, die Berufsbilder typischer Berufe gesetzlich zu fixieren und dadurch den einzelnen auf die Wahl des so geprägten Berufs zu beschränken - vgl. BVerfGE 17, 241; 13, 117; 21, 180; 32, 1, 22 f

103) BVerfGE 11, 30, 42 f

104) vgl. auch BVerfGE 18, 113 f

105) so zu Recht Bachof, Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts, Bd. 2, A 103, S. 105; vgl. auch Menger, VerwArch Bd. 51 (1960), 379 ff

lung sowie der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit die entscheidenden Kriterien zur Beurteilung der Zulässigkeit einer solchen Maßnahme.¹⁰⁶⁾

3. Der Geltungsumfang des Art. 12 GG für den Beruf des Rechtsanwalts

Der Geltungsbereich des Art. 12 GG und damit das soeben dargestellte Ausmaß der Eingriffsmöglichkeiten gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG umfaßt alle privaten, also nicht der staatlichen Behördenorganisation eingegliederten Berufe. Demgegenüber gilt für Angehörige des öffentlichen Dienstes die Sonderbestimmung des Art. 33 GG.

Da der Beruf des Rechtsanwalts nicht dem öffentlichen Dienst zugerechnet werden kann, liegt die Schlußfolgerung nahe, auch ihn allein der Maßstabnorm des Art. 12 GG zu unterstellen.

Dagegen könnte jedoch sprechen, daß die besondere Gemeinschaftsbezogenheit des Anwaltsberufs, die Bedeutung des Anwalts für den einzelnen und für die Rechtspflege, die ihn von anderen privaten Berufen unterscheidet und die in besonderen berufsrechtlichen Regelungen ihren Ausdruck gefunden hat, auch in grundrechtssystematischer Hinsicht eine besondere Qualifizierung der Anwaltstätigkeit zur Folge hat. Möglicherweise aber erschöpft sich die grundrechtliche Bedeutung der besonderen Funktion des Anwalts auch darin, daß sie lediglich die Eingriffsmöglichkeiten des Gesetzgebers in die Berufsfreiheit gemäß Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG in dem Sinne beeinflusst, daß die dafür geforderten "vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls" bzw. "der Schutz besonders wichtiger Gemeinschaftsgüter"

¹⁰⁶⁾ vgl. dazu Bachof, a.a.O., S. 105 f

durch die Belange einer geordneten Rechtspflege näher konkretisiert werden können und die im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung vorzunehmende Interessenabwägung auf dem Hintergrund der speziellen anwaltlichen Funktion zu erfolgen hat; die prinzipielle Anwendbarkeit der Grundsätze der Stufentheorie und damit der alleinige Geltungsanspruch des Art. 12 GG für den Anwaltsberuf blieben dadurch unberührt.

Bevor dieser Fragestellung weiter nachgegangen werden kann, gilt es sich den Umstand, der überhaupt erst zu der Problematik führt, also die besondere Gemeinschaftsbezogenheit des Anwaltsberufs, näher vor Augen zu führen. Im folgenden soll daher zunächst ein Überblick über Aufgabenbereich, Funktion und Ausgestaltung des Anwaltsberufs im geltenden Recht gegeben werden.

a) Aufgabenbereich, Funktion und rechtliche Ausgestaltung des Rechtsanwaltsberufs

Der Rechtsanwalt ist der berufene, unabhängige Berater und Vertreter in allen Rechtsangelegenheiten. Jedermann hat im Rahmen der gesetzlichen Vorschriften das Recht, sich in Rechtsangelegenheiten aller Art durch einen Rechtsanwalt seiner Wahl beraten und vor Gerichten, Schiedsgerichten oder Behörden vertreten zu lassen.¹⁰⁷⁾ Der Aufgabenkreis ist somit außerordentlich weit und vielseitig und folglich gibt es nur ganz wenige Gebiete, in denen er nicht zugelassen ist. So bei den erstinstanzlichen Gerichten für Arbeitssachen, sofern der Streitwert unter 300,- DM beträgt und die Zulassung eines Anwalts zur Wahrung der Rechte der Parteien nicht notwendig erscheint.¹⁰⁸⁾ Vor allen anderen Gerichten und Behörden kann der Anwalt ohne gegenständliche Beschränkung auftreten.

107) vgl. § 3 Abs. 1 und 3 BRAO

108) vgl. § 11 ArbGG

In Zivilsachen ist es Aufgabe des Anwalts, die Partei zu beraten, ihr Beistand zu leisten und sie im gerichtlichen Verfahren zu vertreten.¹⁰⁹⁾ Schon wegen des im Zivilprozeß bestehenden weitgehenden Anwaltszwangs sind die Parteien dort zur Wahrnehmung ihrer Interessen auf die Hilfe eines Rechtsanwalts angewiesen. Dieser Zwang ist im Interesse der Parteien gerechtfertigt, um aussichtslose Verfahren möglichst zu vermeiden und um dem Prozeßgegner, der u.U. selbst rechtskundig oder bereits anwaltlich vertreten ist, mit "gleichen Waffen" entgegentreten zu können;¹¹⁰⁾ dem dient nicht zuletzt auch das Armenrecht, das auch der armen Partei die Hinzuziehung eines Rechtsbeistandes erlaubt.¹¹¹⁾ Für das Gericht hat die Prozeßführung durch Anwälte den Vorteil, daß in der Regel der Prozeßstoff gesichtet und geordnet vorgetragen wird, klare Anträge gestellt werden und der Rechtsfall von verschiedenen Seiten auch in rechtlicher Hinsicht beleuchtet wird.¹¹²⁾

Im Bereich der Strafsachen obliegt dem Rechtsanwalt vor allem die Verteidigung des Beschuldigten vor den Strafgerichten. Seine Tätigkeit ist hier von allergrößter Bedeutung, da nur durch einen rechtskundigen Beistand, dem der Beschuldigte sich vorbehaltlos anvertrauen kann, ein möglichst effektiver Schutz vor ungerechtfertigten Maßnahmen gewährleistet werden kann. Ibs. der inhaftierte Beschuldigte wäre ohne einen Verteidiger kaum in der Lage, den ihm gegenüber erhobenen Vorwürfen wirkungsvoll entgegenzutreten¹¹³⁾ - eine Situation, die mit der verfassungsrechtlichen Stellung des Beschuldigten unvereinbar

109) Kern, Gerichtsverfassungsrecht, § 34, IV, 1.

110) vgl. Jauernig, Zivilprozeßrecht, § 16, I.

111) vgl. §§ 114 ff ZPO

112) vgl. Kern, a.a.O.; Jauernig, a.a.O.

113) vgl. Henkel, Strafverfahrensrecht, § 33, I; K. Peters, Strafprozeß, § 29, I; Eb. Schmidt, Lehrkommentar, Teil II, 1. Buch, 11. Abschnitt, B, I, 1); Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht, § 19, A, I

wäre (darauf und auf die spezielle Funktion des Anwalts als Verteidiger im Strafprozeß wird an anderer Stelle noch näher einzugehen sein). Dem trägt die StPO Rechnung, indem sie in bestimmten Fällen die Mitwirkung eines Verteidigers vorschreibt und dem Beschuldigten einen Pflichtverteidiger zur Verfügung stellt.¹¹⁴⁾ Darüberhinaus ist die Verteidigertätigkeit durch die Zielsetzung des rechtsstaatlich geordneten Strafverfahrens, das auf Wahrheit und Gerechtigkeit gerichtet ist,¹¹⁵⁾ selbst begründet. Denn nur durch die parteiische, aber rechtskundige Darstellung und Bewertung des Sachverhalts ist die notwendige Vollständigkeit der Betrachtung und damit eine unparteiische Entscheidung des Gerichts gewährleistet.¹¹⁶⁾

Wie vor den Strafgerichten kann der Rechtsanwalt auch vor den Dienststraferichten, den Ehrengerichten und Berufsgerichten als Verteidiger auftreten.¹¹⁷⁾ U.U. kann er auch die Rolle des Anklägers in Privatkldgesachen übernehmen und als Nebenkläger neben dem Staatsanwalt in Erscheinung treten.

Ferner kann der Anwalt vor allen Behörden und vor den Verwaltungsgerichten (den allgemeinen und den Finanz- und Sozialgerichten) beratend und vertretend tätig sein.¹¹⁸⁾ Diese Unterstützung des einzelnen gerade bei öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten gewinnt angesichts der immer komplizierter werdenden öffentlichen Verwaltung zunehmend an Gewicht.

Neben den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit bleibt vor allem noch die außergerichtliche Beratung als wichtiges Betätigungsfeld des Anwalts zu nennen. Die Beratungstätigkeit im rechtsgeschäftlichen Verkehr,

114) vgl. die §§ 140 ff StPO

115) vgl. nur Eb. Schmidt, Lehrkommentar, Teil 1, Rdnr. 20 ff

116) vgl. Ostler, JR 1958, 441, 442

117) Kern, Gerichtsverfassungsrecht, § 34, IV, 2., b)

118) Kern, a.a.O., § 34, IV, 3.

z.B. bei der Anfertigung von Gesellschafts- und Eheverträgen, bei der Testamenterrichtung und -vollstreckung, Erbschaftsauseinandersetzung, Vermögens- und Konkursverwaltung ist nicht zu unterschätzen.¹¹⁹⁾ Schließlich wirkt der Anwalt noch bei der Ausbildung von Referendaren und bei Prüfungen mit.

Die weitreichende Mitwirkungsbefugnis des Rechtsanwalts im gerichtlichen Verfahren und seine Funktion innerhalb der Rechtspflege soll durch seine Kennzeichnung als "Organ der Rechtspflege"¹²⁰⁾ zum Ausdruck kommen. Da die Rechtssuchenden in der Regel nicht selber über die Fähigkeiten und Kenntnisse - auch der Grenzen ihrer Interessenverfolgung - verfügen, hat der Rechtsanwalt diese Mängel auszugleichen.¹²¹⁾ Er verhilft somit dem einzelnen zur effektiven Wahrnehmung seiner Rechte. Indem er dies tut, dient er neben den anderen Organen der Rechtspflege der Verwirklichung eines Rechtszustandes, der im höchstmöglichen Maß der Gerechtigkeit entspricht. Er gehört daher als einer der tragenden Kräfte zum Wesen der Rechtspflege, die ohne seine Mitwirkung ihrer Aufgabenstellung nicht gerecht werden könnte.¹²²⁾

Dieser Bedeutung des Anwalts für die Rechtspflege entspricht es auch, daß die BRAO, die die rechtliche Stellung des Anwalts regelt, systematisch dem Gerichtsverfassungsrecht zuzurechnen ist. Bei den Beratungen und der Verabschiedung der BRAO wurde wiederholt und einhellig betont, daß dieses Gesetz "ein Stück Rechtspflegeverfassung" darstelle und zur "Gerichtsverfassung" gehöre.¹²³⁾

Die BRAO kennzeichnet den Rechtsanwalt als unabhängiges Organ der Rechtspflege, der einen freien Beruf ausübe (§§ 1

119) vgl. Kern, a.a.O., § 34, IV, 3. u. 4.

120) § 1 BRAO

121) vgl. Kalsbach, Kommentar zur BRAO, § 1, Anm. 2

122) vgl. Kalsbach, a.a.O.

123) vgl. die Schlußerklärungen der Abgeordneten Dr. Wagner und Dr. Weber anlässlich der 3. Beratung der BRAO am 18.3.1959 - Sten.Ber. S. 3533 D und S. 3536 A; so auch Habscheid, NJW 1962, 1985, 1987

und 2 BRAO). Damit ist klargestellt, daß er zum Staat nicht in einem öffentlich-rechtlichen Dienstverhältnis steht und kein Staatsamt innehat.¹²⁴⁾ Die Garantie der Unabhängigkeit bedeutet die Gewißheit, den Beruf ohne Einflußnahme staatlicher Stellen ausüben zu können.¹²⁵⁾ Daneben besteht die Unabhängigkeit auch gegenüber dem Gericht.¹²⁶⁾ Er ist ihm nicht untergeordnet mit der Folge, daß der Anwalt weder der Ordnungsstrafgewalt des Gerichts noch sonstigen Zwangsmaßnahmen gemäß § 177 GVG unterworfen ist, sondern lediglich sitzungspolizeilichen Maßnahmen gemäß § 176 GVG unterliegt. Ferner ist der Anwalt auch nicht an Weisungen seines Mandanten gebunden; seine äußere und innere Unabhängigkeit vom Auftraggeber muß unter allen Umständen gewährleistet sein.¹²⁷⁾

Der Rechtsanwalt bedarf der Zulassung, die die Befähigung zum Richteramt voraussetzt (§ 4 BRAO). Die Zulassung erfolgt durch die Landesjustizverwaltung nach vorheriger Anhörung der Anwaltskammer (§ 8 BRAO); sie darf nur aus den gesetzlich genannten Gründen versagt werden (§§ 6 Abs. 2, 7 Ziff. 1 - 1o BRAO). Zusätzlich muß der Anwalt bei einem bestimmten ordentlichen Gericht zugelassen sein - Grundsatz der Lokalisation (§ 18 BRAO). Die Befugnis zur Berufsausübung endet mit dem Tod, durch Ausschließung, Zurücknahme der Zulassung sowie nach Verzicht.

Die Bindungen des Anwalts zeigen sich in der Residenzpflicht (§ 27 BRAO) und in seiner Vereidigung, in der er die Wahrung der verfassungsmäßigen Ordnung und die gewissenhafte Erfüllung der Pflichten eines Rechtsanwalts gelobt (§ 26 BRAO). Die Berufspflichten regelt in erster Linie die Generalklausel des § 43 BRAO, wonach der Anwalt

124) vgl. L. Müller, Die Freiheit der Advokatur, S. 118

125) vgl. H. Dahs, Handbuch des Strafverteidigers, Rdnr. 16; Kalsbach, a.a.O., Anm. 3

126) vgl. H. Dahs, a.a.O., Rdnr. 17

127) vgl. H. Dahs, a.a.O., Rdnr. 18; Kalsbach, Standesrecht des Rechtsanwalts, S. 46 ff

seinen Beruf gewissenhaft auszuüben und sich innerhalb und außerhalb des Berufs der Achtung und des Vertrauens würdig zu zeigen hat, die die Stellung des Anwalts erfordert. Diese allgemeine Bestimmung wird ergänzt durch die von der Bundesrechtsanwaltskammer beschlossenen Richtlinien für die Ausübung des Anwaltsberufs, die zwar formell keine Rechtsnormen enthalten, aber zur Auslegung als wesentlich heranzuziehen sind.¹²⁸⁾

Daneben enthält die BRAO einzelne besonders betonte Einzelpflichten, wie z.B. die Pflichten zur Versagung der Berufstätigkeit in bestimmten Fällen (§§ 45, 46 BRAO), zur Übernahme von Armenrechtsvertretungen und Pflichtverteidigungen (§§ 48 Abs. 1 Ziff. 1, 49 BRAO), zur Regelung der Vertretung (§ 53 BRAO) und die Auskunftspflicht gegenüber der Rechtsanwaltskammer (§ 56 BRAO).

Die Selbstverwaltung der Anwaltschaft erfolgt durch die Rechtsanwaltskammern als Körperschaften des öffentlichen Rechts (§ 62 Abs. 1 BRAO), in denen die Anwälte zwangsweise zusammengeschlossen sind. Die Kammern unterstehen der von der Landesjustizverwaltung geführten Staatsaufsicht (§ 62 Abs. 2 BRAO). Der von den Mitgliedern gewählte Vorstand kann Pflichtverletzungen eines Anwalts rügen und gegebenenfalls Antrag auf Einleitung eines ehrengerichtlichen Verfahrens stellen.

Der Ahndung von Pflichtverletzungen dient die Ehrengerichtsbarkeit (§§ 92 ff. BRAO), an der die Staatsanwaltschaft als Anklagevertretung beteiligt ist (§ 120 BRAO). Als Maßnahmen stehen den Ehrengerichten zur Verfügung: Warnung, Verweis, Gedlbuße, befristetes Vertretungsverbot und die Ausschließung aus der Anwaltschaft (§ 124 BRAO); daneben ist nunmehr auch schon vor Einleitung des ehrengerichtlichen Verfahrens die Verhängung eines vorläufigen Berufs- oder Vertretungsverbots möglich (§§ 150 ff BRAO).

128) vgl. Kern, a.a.O., § 34, I.

Das Verhältnis des Anwalts zum Mandanten wird durch den von ihnen geschlossenen privatrechtlichen Dienstvertrag bestimmt. Der Anspruch des Anwalts auf Honorar richtet sich nach der Bundesgebührenordnung für Rechtsanwälte. Die gesetzlichen Gebühren sind Mindestsätze, eine Unterbietung ist also unzulässig. Der Vereinbarung eines höheren Honorars stehen keine Bedenken entgegen; allerdings kann auf Klage der Partei das Gericht die vereinbarte Vergütung auf einen angemessenen Betrag herabsetzen (§ 3 Abs. 3 BRAGO).

b) Der Rechtsanwalt - ein "staatlich gebundener Beruf"?

Der Überblick über den Aufgabenbereich und die Funktion des Anwalts läßt die Bedeutung seiner Tätigkeit für die Allgemeinheit und die daraus resultierende Verantwortlichkeit gegenüber der Gemeinschaft erkennen. Eine solche Sozialbezogenheit findet sich zwar auch bei anderen privaten Berufen, wie z.B. beim Arzt, Künstler oder Journalisten. Jedoch ist die soziale Komponente von unterschiedlicher Intensität.¹²⁹⁾ Die anwaltliche Tätigkeit (und die des Arztes) ist geprägt durch das personale Moment eines besonderen zwischenmenschlichen Vertrauensverhältnisses, während die Tätigkeit eines Künstlers oder Schriftstellers mehr werkorientiert, sachbezogen ist. Für den Anwalt (und den Arzt) ist es typisch, daß er in einem konkreten Konfliktfall tätig wird, in dem der einzelne oft einer unmittelbaren, z.T. existenziellen Bedrohung ausgesetzt ist und sich selbst nicht ausreichend zu helfen vermag. So stellt denn auch das Versagen eines Anwalts (oder Arztes) für den einzelnen und die Allgemeinheit eine wesentlich größere Gefahr und Belastung dar.

Dieser Umstand führt dazu, daß das Berufs- und Standesrecht des Anwalts die oben beschriebenen intensiven Regelungen und Bindungen enthält, wie sie bei anderen pri-

129) vgl. dazu auch Fleischmann, Die freien Berufe im Rechtsstaat, S. 113 ff

vaten Berufen in diesem Ausmaß nicht zu finden sind. Vergleicht man aber das Berufsrecht des Anwalts mit dem des Beamten, so ist an einigen Stellen eine deutliche Verwandtschaft zwischen beiden nicht zu übersehen: Anwalt und Beamter unterliegen beide einer besonderen Berufsgerichtsbarkeit (§§ 111 ff BRAO, § 77 BBG), der Eidspflicht (§ 26 BRAO, § 58 BBG), sind zur Verschwiegenheit verpflichtet und unterstehen besonderen Regelungen über ihren Wohnsitz (§ 27 BRAO, § 74 BBG); und die in § 54 BBG normierte Pflicht des Beamten, "sein Verhalten innerhalb und außerhalb des Dienstes muß der Achtung und dem Vertrauen gerecht werden, die sein Beruf erfordert", entspricht beinahe wörtlich dem Text des bereits erwähnten § 43 BRAO.

Diese Annäherung des Berufsrechts des Anwalts an das der Beamten¹³⁰⁾ und ibs. seine Qualifizierung als "Organ der Rechtspflege" hat dazu geführt, den Anwaltsberuf als "staatlich gebundener Beruf",¹³¹⁾ "dem Staat vorbehaltener Beruf"¹³²⁾ mit "öffentlich-rechtlichem Gepräge"¹³⁴⁾ und einer "amtsähnlichen Stellung"¹³⁵⁾ zu bezeichnen. Diese

130) wobei nicht übersehen werden sollte, daß sich die Annäherung auf Teilaspekte beschränkt; insgesamt gesehen überwiegen die wesentlichen Unterschiede. So hebt z.B. auch der BGH - NJW 1972, 259 f - hervor, daß der öffentliche Dienst auf das Wohl der Allgemeinheit Bedacht zu nehmen hat und unparteiisch sein muß und ferner ein öffentlich-rechtliches Dienst- und Treueverhältnis begründet, während der Rechtsanwalt parteiischer Interessenvertreter sein darf und muß.

131) vgl. Nikisch, Zivilprozeßrecht, § 36 I 2; Reuß, NJW 1955, 1533; Bachof, Freiheit des Berufs, S. 184 ff; Rupp, Privateigentum an Staatsfunktionen?, S. 16, Fn. 27; Römer, Notariatsverfassung und Grundgesetz, S. 47; Hoffmann DVBl 1964, 458; Burger, Artikel 33 Grundgesetz und die sogenannten staatlich gebundenen Berufe, S. 50; Rinck, Wirtschaftsrecht, Rdnr. 112 ff; H.J. Wolff, Verwaltungsrecht, Bd. II, § 94 I a) 2.; Kern-Wolf, Gerichtsverfassungsrecht, S. 196 ff; vgl. auch BVerfGE 38, 105, 119

132) vgl. Reuß, NJW 1955, 1533

133) vgl. Huber, Wirtschaftsverwaltungsrecht, S. 769

134) vgl. H. Dabs, a.a.O., Rdnr. 11

135) vgl. BVerfGE 38, 105, 119; Habscheid, NJW 1962, 1985 ff

Benennungen, die alle eine gewisse Staatsnähe ausdrücken, besitzen aber überwiegend keine rechtliche Aussagekraft, da sie eben nur die Existenz einer gewissen Pflichtenbindung des Berufs beschreiben.

Anders hinsichtlich der Qualifizierung des Anwaltsberufs als "staatlich gebundener Beruf". Denn vor allem nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts kommt diesem von H. Triepel¹³⁶⁾ entwickelten Begriff durchaus auch eine materielle Bedeutung in grundrechtssystematischer Hinsicht zu.

aa) Zur Auffassung des Bundesverfassungsgerichts

Nachdem zuvor vom Bundesverwaltungsgericht¹³⁷⁾ ohne nähere Begründung die Auffassung vertreten worden war, Art. 12 GG gelte seinem Wesen nach nicht für solche Berufe, die dem Staat vorbehaltene Aufgaben wahrnehmen, kam das Bundesverfassungsgericht¹³⁸⁾ demgegenüber zunächst zu dem Ergebnis, daß Art. 12 GG grundsätzlich auch für staatlich gebundene Berufe gelte. Diese Aussage schränkt das Gericht jedoch wieder erheblich ein, indem es feststellt, daß Art. 12 GG gewisse Einschränkungen der Berufsfreiheit bei den staatlich gebundenen Berufen gestatte, die durch Art. 33 GG gerechtfertigt seien. Je mehr ein Beruf durch öffentlich-rechtliche Bindungen und Auflagen dem öffentlichen Dienst angenähert sei, um so mehr könnten Sonderregelungen in Anlehnung an Art. 33 GG die Wirkung des Grundrechts tatsächlich zurückdrängen.¹³⁹⁾

Diese ständige Rechtsprechung¹⁴⁰⁾ ist im Schrifttum

136) Staatsdienst und staatlich gebundener Beruf, Festschrift für Karl Binding, 1911, II, S. 1ff

137) Ständige Rechtsprechung, vgl. BVerwGE 2, 85, 86; 3, 21, 23; 4, 250, 254; 5, 286, 288; 6, 13, 14; 6, 72, 74

138) BVerfGE 7, 377, 398

139) BVerfG a.a.O.

140) vgl. auch BVerfGE 11, 30, 40; 17, 371, 377; 16, 6, 22; eine Zusammenfassung geben Leibholz-Rinck, Grundgesetz, Art. 12 Rdnr. 4

überwiegend auf Zustimmung gestoßen.¹⁴¹⁾

Das entscheidende Kriterium für die Zugehörigkeit eines Berufs zu den staatlich gebundenen sieht das Bundesverfassungsgericht in der "nächsten Nachbarschaft" zum öffentlichen Dienst, die sich aus der gesetzlichen Ausgestaltung eines Berufs ergibt.¹⁴²⁾ Je näher ein Beruf dem öffentlichen Dienst steht, "um so eher können auch bei ihm Sonderregelungen eintreten, die das Grundrecht des Art. 12 GG zurückdrängen."¹⁴³⁾ Daß dies durchaus auch auf den Anwaltsberuf bezogen werden könnte, obwohl seine "nächste Nachbarschaft" zum öffentlichen Dienst trotz der erwähnten Gemeinsamkeiten stark bezweifelt werden muß,¹⁴⁴⁾ zeigt eine Entscheidung des OVG Lüneburgs¹⁴⁵⁾ aus dem Jahre 1972. Dort wird festgestellt, daß der Anwalt zwar in voller Unabhängigkeit einen freien Beruf ausübe, aber Organ der Rechtspflege, notwendiges Mitglied der öffentlich-rechtlichen Körperschaft Rechtsanwaltskammer und einer öffentlich-rechtlichen Berufsgerichtsbarkeit unterworfen sei; damit gehöre der Beruf des Anwalts zu denjenigen Berufen, die durch öffentlich-rechtliche Bindungen dem öffentlichen Dienst angenähert sind.

Die Qualifizierung des Anwaltsberufs als staatlich gebundener Beruf hätte demnach zur Folge, daß die Schutzwirkung des Art. 12 GG beim Anwalt nicht in vollem Umfange zur Geltung käme und staatliche Eingriffe in die Berufs-

141) vgl. Bachof, Freiheit des Berufs, S. 183; Scheuer, Berufsfreiheit und Grundgesetz, S. 110; Fuhr, Gewerbeordnung, Einl. O III, S. 66 f; Eyermann-Fröhler, Gewerbeordnung, Einl., Rdnr. 31; Welsch, Die subjektiven und objektiven Zulassungsvoraussetzungen im Rahmen des Art. 12 GG, S. 15; Leisner, JuS 62, 465; Rinck, Wirtschaftsrecht, Rdnr. 112 ff; Hamann, Grundgesetz, Art. 12, B, 2, a; Thieme, JZ 1961, 280; Menger, VerwArch 55, S. 80 ff; Hamel, Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat, S. 62 ff; Werner, DVBl 1955, 563; Reuß, NJW 1955, 1533; Rings, NJW 1957, 657

142) vgl. BVerfGE 16, 6, 22

143) BVerfGE 17, 371, 376

144) vgl. Fußnote 130)

145) DVBl 1972, 958, 960

freiheit nicht mehr den strengen Anforderungen der zu Art. 12 Abs. I Satz 2 GG entwickelten Stufensystematik zu entsprechen bräuchten.

Jedoch stehen der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts und der Anerkennung des staatlich gebundenen Berufs als eines grundrechtsrelevanten Begriffs auch für den Rechtsanwalt entscheidende Bedenken gegenüber.

Denn nach der Argumentation des Bundesverfassungsgerichts hätte der Gesetzgeber es in der Hand, Art. 12 GG einfach dadurch zu unterlaufen, indem er einen Beruf nahe an den öffentlichen Dienst heranführt. Die These des Gerichts, daß um so mehr Bindungen zulässig seien, je mehr Bindungen bereits tatsächlich bestehen, beruht auf einem Zirkelschluß.¹⁴⁶⁾ Es geht doch gerade darum zu klären, inwieweit besondere öffentlich-rechtliche Bindungen in Hinblick auf Art. 12 GG zulässig sind. Die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts empfiehlt dem Gesetzgeber praktisch, einen Beruf möglichst mit Einschränkungen zu überziehen, wenn er von den Schranken des Grundgesetzes befreit sein will.¹⁴⁷⁾ "Aus den organisatorischen Bindungen eines Berufsstandes als solchen" kann aber "nie auf die Zulässigkeit der Freiheitsbeschränkung geschlossen werden ... Unrichtig ist es daher, Berufsordnungen auf die Intensität der Bindung zu untersuchen und daraus freiheitsbeschränkende Forderungen abzuleiten. Nach der Zulässigkeit der Beschränkung allein ist zu fragen."¹⁴⁸⁾

146) vgl. Rupp, NJW 1965, 993 ff; ders., DÖV 1963, 679; ders., AöR 92 (1967), 222 ff; Maunz-Dürig-Herzog, Art. 12, Rdnr. 95; Bethge, Der verfassungsrechtliche Standort der "staatlich gebundenen" Berufe, S. 15 f; Scheuner, DVBl 1958, 847; Burger, a.a.O., S. 76; Krämer, NJW 1975, 852; Herzog, Evangelisches Staatslexikon, Sp. 158; Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 106; Hoffmann, DVBl 1964, 4621 Knapp, a.a.O., S. 134; Schneider, Der Rechtsanwalt, ein unabhängiges Organ der Rechtspflege, S. 78; Leisner, AöR 93 (1968), 161, 180

147) vgl. Herzog, a.a.O.

148) Leisner, a.a.O.

bb) Die Bedeutung der Zwangskorporation

In der Literatur werden bei dem Versuch, den grundrechtsrelevanten Begriff des staatlich gebundenen Berufs zu statuieren, andere Merkmale als wesentlich mit herangezogen.

So wird zunächst aus der Tatsache, daß bestimmte Berufe zwangsweise in öffentlich-rechtlichen Körperschaften zusammengeschlossen sind und deren Überwachungsfunktion dem staatlichen Aufgabenkreis zuzurechnen ist, der Schluß gezogen, die Inhaber dieser Berufe nähmen gleichermaßen staatliche Aufgaben wahr und unterlägen folglich nicht oder nicht in vollem Umfang dem Grundrecht aus Art. 12 GG.¹⁴⁹⁾

Dem muß aber widersprochen werden. Denn zwar handelt es sich bei den zwangskorporierten Berufen in der Tat um staatlich beaufsichtigte Berufe, jedoch bestimmt die Rechtsnatur der Überwachung keineswegs zwangsläufig auch die Rechtsnatur der überwachten Tätigkeit.¹⁵⁰⁾ Als Beispiel sei nur der Betrieb von Schankanlagen genannt, der einer staatlichen Kontrolle unterliegt, ohne daß dies den privaten Rechtscharakter dieser Betriebe beeinflusst.¹⁵¹⁾

Ferner sei darauf hingewiesen, daß in manchen Bundesländern sämtliche Arbeitnehmer in öffentlich-rechtlichen Arbeitnehmerkammern bzw. Arbeitskammern zusammengeschlossen sind.¹⁵²⁾ Folgten die übrigen Bundesländer diesem Beispiel - nach h.M. durch Art. 9 GG ungehindert¹⁵³⁾ -, gäbe es nur noch staatlich gebundene Berufe, womit der Begriff ad

149) so Reuß, NJW 1955, 1533

150) vgl. Knapp, a.a.O., S. 112; Bethge, a.a.O., S. 125 ff; Herschel, Festschrift für H.C. Nipperdey, Bd. II, S. 228

151) Dieses Beispiel nennt Herschel, a.a.O.

152) So in Bremen aufgrund des Gesetzes über die Arbeitnehmerkammern vom 3.7.1956 (GBI 1956, S. 79 ff) und im Saarland aufgrund des Gesetzes über die Errichtung einer Arbeitskammer für das Saarland i.d.F. vom 15.11. 1960 (ABl 1960, S. 887 ff)

153) vgl. BVerfGE 10, 89, 102; 10, 354, 361; 15, 235, 239; BVerwGE 23, 304, 306

absurdum geführt wäre.

Im übrigen ließe das Abstellen auf dieses Merkmal genauso wie die Heranführungslehre des Bundesverfassungsgerichts darauf hinaus, aus der Existenz bestehender staatlicher Bindungen (Zwangs-korporation) Schlußfolgerungen für die Zulässigkeit staatlicher Bindungen zu ziehen - eine Methode, deren Fragwürdigkeit bereits aufgezeigt wurde.¹⁵⁴⁾

cc) Die Bedeutung der Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben

Auch dem Umstand, daß ein Beruf wie der des Rechtsanwalts öffentliche Aufgaben wahrnimmt, ist zumindest in grundrechtssystematischer Hinsicht keinerlei juristischer Abgrenzungswert beizumessen. Denn unter "öffentlichen Aufgaben" sind alle solchen Aufgaben zu verstehen, an deren Erfüllung die Öffentlichkeit ein maßgebliches Interesse hat.¹⁵⁵⁾ Demnach dürfte es aber nur wenige Berufe geben, deren Tätigkeit nicht die Wahrnehmung öffentlicher Aufgaben umfaßt.¹⁵⁶⁾ Landwirte, Handwerker, Einzelhändler, Arbeiter und auch Großunternehmen sind für das Funktionieren und die Versorgung der Gesellschaft genauso unentbehrlich wie Ärzte, Apotheker, Rechtsanwälte, Architekten und

¹⁵⁴⁾ siehe oben, 3., b), aa)

¹⁵⁵⁾ vgl. H. Peters, Festschrift für H.C. Nipperdey, S. 878; Leisner, Werbefernsehen und öffentliches Recht, S. 25 f; Martens, Öffentlich als Rechtsbegriff, S. 117; siehe auch Mikat, Staatsbürger und Staatsgewalt, Bd. II, S. 322; Lenz, JZ 1963, 349; und BVerfGE 12, 205 ff; 20, 162, 175

¹⁵⁶⁾ so auch Rehbindner, Die öffentliche Aufgabe und rechtliche Verantwortlichkeit der Presse, S. 124 f; vgl. auch E. Stein, Die Wirtschaftsaufsicht, S. 68; Dagtoglou, Wesen und Grenzen der Pressefreiheit, S. 27, Fn. 118; Rupp, Privateigentum an Staatsfunktionen?, S. 16, Fn. 27; ders., NJW 1965, 995; Forsthoff, Der Staat 1966, S. 12; Schnur, VVDStRL 22 (1965), S. 114; Lenz, JZ 1963, 349; Klein, DÖV 1965, 759; H. Peters, a.a.O., S. 878; Bethge, a.a.O., S. 116 f; Zeidler, AöR 86 (1962), S. 397 f; ders., VVDStRL 19, S. 218 ff

Journalisten. Den Angehörigen der Presse wird sogar in den neueren Landesgesetzen bescheinigt, daß sie öffentliche Aufgaben erfüllen.¹⁵⁷⁾

dd) Die Bedeutung der Wahrnehmung von Rechtspflegefunktionen

Zu prüfen bleibt, ob die Tätigkeit des Rechtsanwalts innerhalb der Rechtspflege möglicherweise die Wahrnehmung spezifischer Staatsfunktionen beinhaltet und deshalb eine berufsgrundrechtliche Sonderbehandlung des Anwalts rechtfertigt.

Das Bundesverfassungsgericht¹⁵⁸⁾ hat die Rechtspflege eine "originäre Staatsaufgabe" genannt. Aus dieser isolierten Feststellung ließe sich in der Tat die These ableiten, daß jegliche Rechtspflegetätigkeit die Erfüllung von Staatsaufgaben darstelle¹⁵⁹⁾ und folglich dem Rechtsanwalt wegen seiner Teilhabe an der staatlichen Rechtspflege das Recht der freien Berufswahl zu versagen sei.¹⁶⁰⁾

Jedoch zeigt eine genauere Betrachtung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, daß das Gericht gerade nicht jegliche Form von Rechtspflege als "originäre Staatsaufgabe" bezeichnen wollte, sondern damit nur die spezielle

157) vgl. § 3 des Bad.Württ.Landespressegesetzes vom 14.1.1964 (GVBl 1964, S. 1 ff); § 3 des Berliner Pressegesetzes vom 15.6.1965 (GVBl 1965, S. 744 ff); § 3 des Bremer Pressegesetzes vom 16.3.1965 (GB1, S. 63 ff); § 3 des Hamburgischen Pressegesetzes vom 29.1.1965 (GVBl 1965, S. 15 ff); § 3 des Rheinland-Pfälzischen Landespressegesetzes vom 14.6.1965 (GVBl 1965, S. 107 ff); § 3 des Saarländischen Pressegesetzes vom 12.5.1965 (AB1 1965, S. 405 f); § 3 des Schl.Hdsteinischen Pressegesetzes vom 19.6.1964 (GVBl 1964, S. 71 ff)

158) in E 17, 371, 376

159) Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, S. 473; H. Krüger, Allgemeine Staatslehre, S. 769; v. Stackelberg, AnwBL 1959, 190

160) so Reuß, NJW 1955, 1532 f

Rechtspflegetätigkeit des Notars meinte. Denn zum einen grenzt das Gericht die Stellung des Notars gerade zu der des Anwalts ab¹⁶¹⁾ und zum anderen werden zur Qualifizierung der Notartätigkeit seine ganz speziellen Funktionen herangezogen.¹⁶²⁾ Nicht die in § 1 BRAO und § 1 BNotO gleichermaßen angesprochene Rechtspflege im allgemeinen, sondern lediglich die Tätigkeit des Notars rechnet das Gericht den "originären staatlichen Aufgaben" zu.¹⁶³⁾

Auch das Bundesverwaltungsgericht¹⁶⁴⁾ kommt zu der Aussage, daß der Rechtsanwalt anders als der Notar keine Aufgaben wahrnehme, die der öffentlichen Hand vorbehalten seien.

Ferner steht einer Gleichsetzung der Rechtspflege allgemein mit staatlichen Aufgaben entgegen, daß es sogar Formen von Rechtsprechung - als der Kernbereich dessen, was unter Rechtspflege zu verstehen ist - gibt, die in der Hand Privater liegen. Dies sind z.B. die Vereins- und Betriebsjustiz und die privaten Schiedsgerichte, an deren Entscheidungen die staatlichen Gerichte gebunden sind.¹⁶⁵⁾ Und auch eine Qualifizierung der gerichtlichen Sachverständigen, denen große Bedeutung für die Rechtsprechung zukommt, als Träger originärer Staatsfunktionen stößt auf begründete Zweifel.¹⁶⁶⁾

161) in E 17, 371, 380

162) in E 17, 371, 376; 16, 6, 22 ff

163) vgl. auch Schneider, a.a.O., S. 71, der darüberhinaus zu der Schlußfolgerung kommt, daß auch der Notar nur insoweit staatliche Aufgaben wahrnimmt, als er Rechtspflege ausübt, die der Staat sonst durch seine Behörden erfüllen müßte; deshalb sei auch die Beratungstätigkeit des Notars gemäß § 24 BNotO keine staatliche Funktionserfüllung.

164) BVerwGE 6, 14

165) vgl. Klein, DÖV 1965, 757; Bethge, a.a.O., S. 141; Knapp, a.a.O., S. 177; Schneider, a.a.O., S. 71

166) vgl. Bethge, a.a.O., A. 141 und Siebert, Rechtsstellung und Haftung der Technischen Überwachungsvereine im Kraftfahrzeugprüfungswesen, S. 41

Darüberhinaus ist zu berücksichtigen, daß als "originäre Staatsaufgaben" nur solche Tätigkeiten bezeichnet werden können, die mit der Ausübung hoheitlicher Befehls- und Zwangsgewalt verbunden sind;¹⁶⁷⁾ derartige hoheitliche Befugnisse stehen dem Anwalt aber nicht zu.¹⁶⁸⁾

Und schließlich verbieten es auch die oben beschriebenen konkreten Aufgaben des Anwalts, diese als staatliche Tätigkeit einzuordnen. Als Verteidiger im Strafprozeß ist der Anwalt kein Beistand des Gerichts, sondern verfolgt ein der staatlichen Aufgabe Strafverfolgung widerstreitendes Interesse; im Verwaltungsrecht unterstützt er gerade die Überprüfung staatlichen Handelns und im Zivilverfahren ist er reiner Interessenvertreter der Partei. Vor allem also im Straf- und Verwaltungsverfahren tritt er notwendigerweise gegen die Organe des Staates an.¹⁶⁹⁾ Diese Tätigkeit liegt zwar im Interesse sowohl des einzelnen als auch der Allgemeinheit und ist für eine nach rechts-

167) vgl. G. Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 623; Wertenbruch, Gedächtnisschrift H. Peters, S. 689; Köttgen, Gemeindliche Daseinsvorsorge und gewerbliche Unternehmerinitiative, S. 41; Zeidler, VVDStRL Heft 19 (1961), S. 218 u. 211, Fn. 15; K. Vogel, Öffentliche Wirtschaftseinheiten in privater Hand, S. 81; Schick, DÖV 1962, 932; H. Krüger, a.a.O., S. 769; ders., DÖV 1959, 724; Ballerstedt, HGrR III/1, S. 82; Badura, Das Verwaltungsmonopol, S. 93; H.H.Klein, DOV 1965, 758; Rübner, Formen öffentlicher Verwaltung im Bereich der Wirtschaft, S. 138; E.R.Huber, a.a.O., S. 689; Bethge, a.a.O., S. 133 ff

168) In seinem Urteil vom 21.6.1974 - AnwBl 1974, 320 ff - stellt der EuGH klar, daß auch die Dienstleistungen des Anwalts, die einen Verkehr mit den Gerichten mit sich bringen (also i.b. Prozeßvertretung und Verteidigung), keine Teilnahme an der Ausübung öffentlicher Gewalt darstellten, "selbst wenn sie regelmäßig erbracht werden, organisch in das Gerichtsverfahren eingebettet sind und auf eine obligatorische Mitarbeit bei der Erfüllung der Aufgaben des Gerichts hinauslaufen."

169) vgl. Knapp, a.a.O., S. 122 f; Schneider, a.a.O., S. 72 f

staatlichen Gesichtspunkten geordnete Rechtspflege unverzichtbar, doch "hieß es dem Staat schizophrene Verhalten zuzurechnen",¹⁷⁰⁾ wollte man diese gegen den staatlichen Machtanspruch gerichtete Tätigkeit als eine staatliche qualifizieren.

Demzufolge gibt auch die in § 1 BRAO getroffene Bezeichnung des Anwalts als ein "Organ der Rechtspflege" seine Stellung nicht zutreffend wieder. Denn in Ermangelung einer staatlichen Funktion sollte der Anwalt nicht so in die Nähe des Staates gerückt werden, wie es durch diese Formel geschieht. Zwar ist die einfache gesetzliche Vorschrift des § 1 BRAO nicht befugt, den Geltungsbereich des Art. 12 GG für den Anwalt definitiv abzugrenzen, jedoch hat sich immer wieder gezeigt, daß die angebliche Organstellung dazu dient, einseitig eine Pflichtenbindung des Anwalts zu begründen.¹⁷¹⁾ So z.B. in einer Entscheidung des BGH's¹⁷²⁾ - durch BVerfGE 34, 293 ff aufgehoben -, in der das Gericht einen Verteidigerausschluß damit begründet, daß die Tätigkeit des Anwalts als Organ der Rechtspflege die "Mitwirkung bei der Aufrechterhaltung der staatlichen Rechtsordnung" bedeute.¹⁷³⁾ Der Begriff "Organ der Rechtspflege" besitzt jedoch keinerlei rechtliche Aussagekraft;¹⁷⁴⁾ seine Bedeutung erschöpft sich in der eines bloßen Programmsatzes.

170) so Knapp, a.a.O.

171) vgl. hierzu und allgemein zu der Frage, welche rechtliche Bedeutung die Formel "Organ der Rechtspflege" für den Anwaltsberuf hat, die eingehende Untersuchung von Knapp, Der Verteidiger - ein Organ der Rechtspflege?; vgl. auch Krämer, NJW 1975, 849 ff

172) in NJW 1972, 2140

173) vgl. ferner BGHSt 9, 20 ff; 12, 367 ff; 18, 396 ff

174) so auch Knapp, a.a.O., S. 140; Ostendorf, NJW 1978, 1345 ff; Quack, NJW 1975, 1338; Groß, ZRP 1974, 29; vgl. auch Welp, ZStW 90 (1978), 804, 817

c) Ergebnis

Zusammenfassend ist festzustellen, daß die Versuche, den Rechtsanwaltsberuf in grundrechtsrelevanter Weise als einen staatlich gebundenen Beruf zu bezeichnen und seine Tätigkeit als Staatsfunktion zu qualifizieren, nicht überzeugen können. Zur Klärung der Frage, inwieweit der Anwaltsberuf mit öffentlich-rechtlichen Bindungen und Auflagen überzogen werden darf, hat sich der Begriff des staatlich gebundenen Berufs als untauglich erwiesen.¹⁷⁵⁾

Vielmehr hat sich gezeigt, daß - obwohl der Rechtsanwalt zahlreichen öffentlich-rechtlichen Bindungen unterworfen ist und deshalb im soziologischen Sinne durchaus als staatlich gebundener Beruf verstanden werden kann - ihm in grundrechtssystematischer Hinsicht irgendein Sonderstatus nicht zukommt.

Somit ist für den Beruf des Anwalts allein die umfassende Freiheitsverbürgung des Art. 12 GG maßgeblich und die Zulässigkeit staatlicher Bindungen anhand der zu Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG entwickelten Grundsätze zu beurteilen. Der Anwalt übt einen privaten Beruf aus, der lediglich wegen seiner besonderen Gemeinschaftsbezogenheit auch einer besonderen Verantwortung unterliegt. Die Sicherung einer verantwortlichen Berufsausübung durch berufsgesetzliche Reglementierung und berufsständische Bindung ist ein legitimes staatliches Anliegen. Solche berufsrechtlichen Regelungen hat der Anwalt aber mit zahlreichen anderen privaten Berufen gewerblicher Provenienz gemeinsam. Dadurch wird der private Charakter dieser Berufe nicht

175) auch Bethge, a.a.O., kommt in seiner umfassenden Untersuchung des verfassungsrechtlichen Standorts des staatlich gebundenen Berufs zu dem Ergebnis, daß dieser Begriff jeder terminologischen Trennschärfe entbehrt und keine klärende Funktion besitzt. "Man würde ihn besser nicht verwenden." - S. 204

verändert.¹⁷⁶⁾

Auch das Bundesverfassungsgericht hat bei der Beurteilung berufsrechtlicher Fragen des Anwalts stets allein auf Art. 12 GG abgestellt;¹⁷⁷⁾ dies auch in seiner Entscheidung vom 8.10.1974,¹⁷⁸⁾ in der es den Anwaltsberuf als "staatlich gebundenen Vertrauensberuf" bezeichnet, woraus zu ersehen ist, daß das Gericht selbst zumindest für den Anwalt an dieser Stelle den Begriff ohne grundrechtssystematische Relevanz benutzt. Vielmehr sollte damit wohl nur die besondere Intensität der Gemeinschaftsbezogenheit des Anwalts, die ihn von anderen privaten Berufen unterscheidet, ihren Ausdruck finden.

Diese besondere soziale Bedeutung der Anwaltstätigkeit kann und muß auch dann berücksichtigt werden, wenn man seinen Beruf allein dem Regime des Art. 12 GG unterstellt. Denn - wie dargestellt - findet bei der Zulässigkeitsprüfung innerhalb Art. 12 Abs. 1 Satz 2 gemäß den Grundsätzen der Stufentheorie eine Abwägung zwischen Individual- und Gemeinschaftsinteressen statt, die es erlaubt, das regelmäßig bestehende besondere Interesse der Gemeinschaft an der anwaltlichen Tätigkeit entsprechend zu berücksichtigen. Die Funktion des Anwalts als "Teil" der Rechtspflege ist bei einer solchen Abwägung zu berücksichtigen, indem die Gemeinschaftsinteressen durch die Belange der Rechtspflege zu konkretisieren sind.

Somit besteht gar kein Bedürfnis, den Anwaltsberuf nicht allein an Art. 12 GG zu messen; gewisse "Sonderregelungen" werden auch von Art. 12 GG gestattet. Ungerechtfertigt aber wäre es, gleichsam "vorab" eine generelle Verschiebung des Grundrechtsschutzes zulasten der individuellen Berufsfreiheit vorzunehmen. Vielmehr ist je-

176) so auch Fleischmann, a.a.O., S. 135

177) vgl. BVerfGE 15, 226 ff; 16, 214 ff; 22, 114 ff; 34, 293 ff

178) BVerfGE 38, 105 ff

weils im konkreten Einzelfall anhand der Grundsätze der Stufentheorie zu prüfen, ob ein Eingriff in die Berufsfreiheit des Anwalts zur Wahrung öffentlicher Interessen bzw. Belange der Rechtspflege gerechtfertigt ist.

4. Exemplarische Erörterung einiger Regelungen des Anwaltsberufs

Im folgenden soll am Beispiel einiger bestehender berufsrechtlicher Regelungen rein exemplarisch erörtert werden, inwieweit Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG es im Einzelfall gestattet, den Anwaltsberuf mit Bindungen und Auflagen zu überziehen, ohne daß eine erschöpfende Beurteilung der Verfassungsmäßigkeit dieser Bestimmungen vorgenommen werden würde.

a) Die Zulassung des Anwalts

Wesentlicher Ausfluß der durch Art. 12 GG geschützten Berufsfreiheit ist der freie Zugang eines Bewerbers zum Beruf. Dem werden die Zulassungsregeln¹⁷⁹⁾ beim Anwalt gerecht, indem sie einen grundsätzlichen Anspruch auf Zulassung gewährleisten, ein staatliches Ermessen also nicht besteht. Zwar wird die Möglichkeit der Berufsaufnahme von einer bestimmten Qualifikation des Bewerbers abhängig gemacht, doch ist diese subjektive Zulassungsvoraussetzung genauso wie die abschließend aufgezählten Versagungsgründe¹⁸⁰⁾ durch den Regelungsvorbehalt des

179) §§ 4 - 42 BRAO

180) § 7 Nr. 1 - 1o und § 2o BRAO

Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG gedeckt,¹⁸¹⁾ da sie lediglich eine sach- und ordnungsgemäße Erfüllung der Berufstätigkeit sichert und keinen unverhältnismäßigen Eingriff darstellt.

Demgegenüber stünden einer immer wieder diskutierten Bedürfnisprüfung¹⁸²⁾ als einer objektiven Zulassungsvoraussetzung erhebliche Bedenken gegenüber. Nach der Stufentheorie wäre eine solche Maßnahme nur zulässig, wenn sie zur Abwehr schwerwiegender Gefahren für ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut zwingend erforderlich wäre. Aber auch bei der derzeit - wie schon des öfteren - beklagten Überfüllung des Anwaltsberufs sind derartige Gefahren nicht erkennbar. Selbst bei einem ausgeprägten Konkurrenzkampf zwischen den Anwälten ist die erforderliche Zuverlässigkeit der Berufsausübung immer noch ausreichend gewährleistet durch die notwendige Qualifikation, die Versagungsgründe bei der Zulassung, die Standesrichtlinien und die Ehrengerichtbarkeit. Erst wenn diese Mittel versagen würden - wobei zunächst noch die Möglichkeit bestünde, die subjektiven Anforderungen zu erhöhen - kämen Regelungen auf der "nächsten Stufe", also eine Bedürfnisprüfung in Betracht.¹⁸³⁾ Dafür sind jedoch zur Zeit keine Anhaltspunkte gegeben.

Folglich schreibt auch § 20 Abs. 2 BRAO ausdrücklich vor, daß die Zulassung nicht mangels eines Bedürfnisses versagt werden darf.

181) ob dies auch für den Versagungsgrund des § 20 Abs. 1 Nr. 4 BRAO gilt, ist allerdings fraglich und wird unten - 4., c) - erörtert; vgl. auch Schneider, Der Rechtsanwalt, ein unabhängiges Organ der Rechtspflege, S. 97 ff, der die Versagungsgründe in Hinblick auf die Unabhängigkeit des Anwalts im einzelnen näher überprüft.

182) vgl. dazu L.Müller, Die Freiheit der Advokatur, S. 39 ff

183) so auch Müller, a.a.O., S. 122; vgl. auch Bethge, a.a.O., S. 200 ff, zur Zulässigkeit einer Bedürfnisprüfung beim Notarberuf

Daß die Zulassung zum Anwaltsberuf durch die Landesjustizverwaltung erfolgt, ist in Hinblick auf Art. 12 GG unschädlich, wenn nur ein grundsätzlicher Anspruch auf die Zulassung besteht. Da zusätzlich für eine lückenlose gerichtliche Nachprüfung der Entscheidungen im Zulassungsverfahren gesorgt ist,¹⁸⁴⁾ ist es unwesentlich, durch wen die Zulassung erfolgt. Der freie Zugang zum Beruf wird beim Rechtsanwalt durch das geltende Recht nicht beeinträchtigt.

b) Das Lokalisationsprinzip

Anders als beim Zulassungsverfahren ist die berufsgrundrechtliche Beurteilung der Lokalisierungspflicht des Rechtsanwalts durchaus problematisch.

Die Regelung des § 18 BRAO führt in Verbindung mit § 78 ZPO dazu, daß der Wirkungskreis des Anwalts innerhalb der Zivilgerichtsbarkeit auf einen bestimmten Gerichtsbezirk beschränkt ist. § 18 BRAO ist somit eine Berufsausübungsregelung i.S.d. Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG,¹⁸⁵⁾ die daraufhin zu überprüfen ist, ob sie durch vernünftige Erwägungen des Gemeinwohls gedeckt und verhältnismäßig ist.

Die Befürworter¹⁸⁶⁾ einer Lokalisierungspflicht verweisen zumeist auf die Notwendigkeit einer vertrauensvollen Zusammenarbeit zwischen ortsansässiger Anwaltschaft und Gericht und auf das Anliegen, Prozeßverzögerungen durch eine längere Abwesenheit des Anwalts aufgrund weiterer Reisen zu auswärtigen Terminen zu vermeiden; mitunter begnügt man sich auch mit dem lapidaren Hinweis, § 18 BRAO

184) vgl. dazu Finkelnburg, über den Rechtsschutz bei anwaltlichen Zulassungstreitigkeiten, S. 33 ff

185) so auch BVerwG, NJW 1961, 1275; BGH, NJW 1967, 879

186) vgl. Müller, a.a.O., S. 123; K. Mayer, AnwBl 1974, 11 ff; Ehmke, AnwBl 1969, 266; BGH, NJW 1971, 1990 ff

sei eine "sinnvolle Regelung".¹⁸⁷⁾

Diese Argumente können indes heute kaum noch überzeugen. Ibs. bei großstädtischen Gerichten kommt das Verhältnis zwischen Richtern und Anwälten sowieso kaum noch aus der Anonymität heraus, und die Gefahr der Prozeßverzögerung durch längere Abwesenheit dürfte wohl auch nur für solche Zeiten bestanden haben, die noch nicht über die heutigen modernen Verkehrsmittel verfügten.¹⁸⁸⁾

Auf der anderen Seite führt das Lokalisationsprinzip u.U. zu erheblichen Nachteilen für den Anwalt, aber auch für seine Mandanten. Ein Mandant, der z.B. wegen spezieller Fachkenntnisse eines Anwalts mit diesem in ständiger vertrauensvoller Zusammenarbeit steht, sieht sich im Falle eines auswärtigen Gerichtsstandes gezwungen, die prozessuale Vertretung einem anderen Anwalt zu überlassen oder erhöhte Kosten in Kauf zu nehmen.¹⁸⁹⁾ Und für den Anwalt - zumal, wenn er seinen Sitz am Rande eines Gerichtsbezirks hat - bedeutet die Regelung des § 18 BRAO, daß er z.T. umfangreiche wirtschaftliche Einbußen zu erleiden hat.

Im übrigen ist darauf hinzuweisen, daß in anderen Gerichtsbarkeiten, für die das Lokalisationsprinzip nicht gilt, dies bisher nicht als nachteilig angesehen wurde¹⁹⁰⁾ und eine vergleichbare Regelung in fast allen anderen europäischen Staaten fehlt.¹⁹¹⁾

Ohne das Für und Wider¹⁹²⁾ abschließend beurteilen zu wollen, läßt sich somit doch feststellen, daß zumindest

187) BGH, NJW 1967, 878

188) vgl. Körner, ZRP 1971, 126 ff

189) vgl. Körner, a.a.O., S. 127; siehe auch Sachau, AnwBl 1974, 8 ff

190) vgl. Körner, a.a.O., S. 127; Sauer, NJW 1970, 231

191) darauf weist bereits Prölss, AnwBl 1928, 127 hin

192) vgl. dazu auch Heins, NJW 1958, 201 ff und NJW 1959, 1345; Geissler, NJW 1947/48, 134 ff; Böhm, AnwBl 1968, 101 ff; Kalsbach, Kommentar zur BRAO, § 18, Anm. 1 ff

erhebliche Zweifel daran vorgetragen werden können, daß § 18 BRAO heute noch auf sachgerechten Erwägungen des Gemeinwohls beruht, keinen übermäßigen Eingriff darstellt und somit durch Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG gedeckt ist.^{193, 194)}

c) Die Wartefrist des § 2o Abs. 1 Nr. 4 BRAO

Bedenken lassen sich auch gegen die Bestimmung des § 2o Abs. 1 Nr. 4 BRAO vortragen, wonach die Zulassung eines Bewerbers beim OLG davon abhängig gemacht werden kann, daß er zuvor bereits fünf Jahre lang als Anwalt bei einem Land- oder Amtsgericht tätig gewesen ist.

Diese Regelung hält der BGH¹⁹⁵⁾ zwar für eine sachgerechte und verhältnismäßige Berufsausübungsregelung, da die Förderung der Qualität der Rechtspflege beim OLG eine Zulassung von Berufsanfängern verbiete, doch läßt sich dem entgegenhalten, daß die gleichen "Anfänger" bei allen anderen Berufungsgerichten und den Obersten Bundesgerichten - mit Ausnahme des BGH's - auftreten können, ohne daß die Qualität der Rechtsprechung dieser Gerichte darunter erkennbar gelitten hätte.¹⁹⁶⁾ Gegen die Zweckmäßigkeit der Wartefrist spricht auch, daß dadurch eine ausreichende Anzahl von OLG-Anwälten gefährdet ist, da viele Anwälte, die sich bereits im Verlauf von fünf Jahren eine gutgehende

193) Darüberhinaus führt dieser Problemkreis zu der generellen Frage, ob Berufsausübungsregelungen, die früher ihre Berechtigung gehabt haben mögen, durch geänderte tatsächliche Verhältnisse in den Bereich der Unverhältnismäßigkeit gleiten können.

194) Die in § 27 BRAO normierte Residenzpflicht des Anwalts war bis zur Anfügung des Absatz 3 durch Gesetz vom 13.1.1969 - BGBl I, S. 25 - einer ähnlichen Kritik ausgesetzt; vgl. z.B. Redeker, AnwBl 1958, 301 ff

195) BGHZ 37, 247

196) vgl. auch Sauer, NJW 1970, 231

Praxis beim AG und LG aufgebaut haben, nicht bereit sind, diese aufzugeben und nach einer Singularzulassung beim OLG wieder von vorn anzufangen;¹⁹⁷⁾ infolgedessen wird von den Landesjustizverwaltungen auch in zunehmendem Maße von der fakultativen Versagungsmöglichkeit des § 20 Abs. 1 Nr. 4 BRAO kein Gebrauch mehr gemacht.¹⁹⁷⁾ Somit lassen sich gegen die Wartefrist Belange einer geordneten Rechtspflege beim OLG selbst ins Feld führen.

Angesichts dessen wäre es aber in Hinblick auf Art. 12 GG zumindest klarer, die Zulassung zum OLG ohne vorherige Wartefrist nicht ins Ermessen der Justizverwaltung zu stellen, deren Entscheidungen letztlich auf eine versteckte Bedürfnisprüfung hinauslaufen, sondern den Versagungsgrund des § 20 Abs. 1 Nr. 4 BRAO gänzlich abzuschaffen.

d) § 11 Abs. 1 Satz 2 ArbGG

Eine Beschränkung des Wirkungsbereichs des Anwalts und damit ein Eingriff in die Freiheit der Berufsausübung stellt § 11 Abs. 1 Satz 2 ArbGG dar, wonach ein Anwalt vor den Arbeitsgerichten bei Prozessen mit einem Streitwert unter 300,- DM nur ausnahmsweise mit Genehmigung des Gerichts tätig werden darf.

Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts¹⁹⁸⁾ handelt es sich dabei um einen unwesentlichen Eingriff in die Berufsausübung, der hinreichend gerechtfertigt sei. Dem läßt sich entgegenhalten, daß ibs. nicht einsichtig ist, warum z.B. in dem Fall, daß sich eine Partei des Beistandes eines Verbandsvertreters bedient, die nicht organisierte Gegenpartei nicht stets einen

¹⁹⁷⁾ darauf weist der BGH in einer anderen Entscheidung, in der die Verfassungsmäßigkeit des § 226 Abs. 2 BRAO - Wartefrist für Simultanzulassung - zu beurteilen war, zutreffend hin; BGH, NJW 1971, 1990 ff

¹⁹⁸⁾ BVerfGE 31, 297 ff, 305

Rechtsanwalt hinzuziehen darf, um so mit "gleichen Waffen" streiten zu können.¹⁹⁹⁾ Der Hinweis des Gerichts, dies würde zu einem "wenig praktikablen Verfahren"²⁰⁰⁾ führen, kann demgegenüber nicht überzeugen.

Daß durch die Zulassung von Anwälten die Verfahren nicht unnötig verzögert werden, räumt das Bundesverfassungsgericht selbst ein. Für die Beschränkung der Zulassung spreche jedoch, daß die arbeitsgerichtlichen Bagatellverfahren möglichst billig durchgeführt werden sollten.²⁰¹⁾ Dies ist sicherlich ein berechtigtes Anliegen, doch muß der finanzielle Aspekt als lediglich zweitrangig angesehen werden; in erster Linie geht es doch darum, durch anwaltlichen Beistand die umfassende und effektive Wahrnehmung der Rechte einer Partei zu ermöglichen.²⁰²⁾ Auch wenn das Gericht der Meinung ist, eine anwaltliche Vertretung sei nicht erforderlich, sollte es der Partei selbst überlassen bleiben, ob sie sich - aus welchen Gründen auch immer - einen Anwalt nehmen und die dadurch entstehenden Kosten tragen will oder nicht. Im übrigen ist durch die Regelung des § 11 a ArbGG gesichert, daß auch eine "arme" Partei einen Anwalt erhält, wenn die Gegenpartei anwaltlich vertreten ist.

Somit erscheint es durchaus problematisch, ob § 11 Abs. 1 Satz 2 ArbGG, der von der Anwaltschaft wiederholt angegriffen wurde,²⁰³⁾ tatsächlich auf sachgerechten Erwägungen des Gemeinwohls beruht und durch den Regelungsvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG gedeckt ist, oder nicht doch nicht nur als ein "Schönheitsfehler",²⁰⁴⁾ sondern

199) vgl. auch Schneider, a.a.O., S. 47

200) BVerfG, a.a.O., S. 304

201) BVerfG, a.a.O., S. 303

202) vgl. hierzu ausführlich Rick, AnwBl 1962, 29 ff;
ders., RdA, 1964, 94 f

203) vgl. z.B. Ostler, JR 1958, 444

204) Ostler, a.a.O.

als ein verfassungswidriger Eingriff in die Berufsfreiheit des Rechtsanwalts anzusehen ist.²⁰⁵⁾

e) Das vorläufige Berufsverbot gemäß § 150 BRAO

Gemäß § 150 BRAO kann gegen einen Rechtsanwalt ein vorläufiges Berufsverbot verhängt werden, wenn dringende Gründe für die Annahme vorhanden sind, daß im ehrengerichtlichen Verfahren auf Ausschließung des Anwalts aus der Rechtsanwaltschaft erkannt wird.

Diese Regelung greift in die Berufsfreiheit des Anwalts ein und war bereits Gegenstand zweier Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts,²⁰⁶⁾ in denen das Gericht die grundsätzliche Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift bejahte, ihre Anwendung in den zu entscheidenden Einzelfällen jedoch als Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG bewertete.

Das Bundesverfassungsgericht stellt zunächst fest, daß § 150 BRAO nicht schon deshalb verfassungsrechtlich zu beanstanden sei, weil die Voraussetzungen für die Verhängung eines vorläufigen Berufsverbots nur durch eine Generalklausel umschrieben sei; denn eine Einzelnormierung sei hier weder nötig noch überhaupt möglich.²⁰⁷⁾

Bei der anschließenden Überprüfung der Vereinbarkeit des § 150 BRAO mit Art. 12 Abs. 1 GG geht das Gericht zutreffend davon aus, daß das vorläufige Berufsverbot nicht als bloße Einschränkung der Berufsausübung, sondern als Eingriff in die Freiheit der Berufswahl zu beurteilen sei; denn die freie Berufswahl umfasse auch die Entscheidung, ob und wie lange der Beruf fortgesetzt werden soll.²⁰⁸⁾

Ähnliche Eingriffe seien nur zum Schutz wichtiger Gemein-

²⁰⁵⁾ vgl. auch Schneider, a.a.O., S. 47; Müller, a.a.O., S. 125

²⁰⁶⁾ BVerfGE 44, 105 ff u. 48, 292 ff

²⁰⁷⁾ BVerfGE 44, 105, 115 f

²⁰⁸⁾ a.a.O., S. 117

schaftsgüter und unter strikter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit statthaft.²⁰⁹⁾ Dem entspreche § 150 BRAO, da die begründete Annahme der ehrengerichtlichen Ausschließung beinhalte, daß der Schutz wichtiger Gemeinschaftsgüter auf dem Spiel stehe und durch die in § 150 BRAO ebenfalls vorgesehene mildere Form eines Vertretungsverbotes dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Genüge getan werde.²¹⁰⁾ Deshalb sei die Regelung als solche zwar verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, doch könne ihre Anwendung im Einzelfall problematisch werden.²¹¹⁾

Die im Gesetz allein vorgeschriebene Voraussetzung, daß dringende Gründe für die Annahme vorhanden sind, daß gegen den Anwalt auf Ausschließung aus der Anwaltschaft erkannt wird, reiche für die Anwendung des § 150 BRAO nicht aus. Dieser Mangel erfordere aber nicht, die Norm für nichtig zu erklären. Vielmehr sei im Wege der verfassungskonformen Auslegung die zusätzliche Forderung aufzustellen, daß das Berufsverbot schon vor Rechtskraft des Hauptverfahrens als Präventivmaßnahme zur Abwehr konkreter Gefahren für wichtige Gemeinschaftsgüter erforderlich ist.²¹²⁾ Dabei kämen nur solche Umstände in Betracht, die im angemessenen Verhältnis zur Schwere des Eingriffs stehen und die ein Zuwarten bis zur Rechtskraft des Hauptverfahrens ausschließen.²¹³⁾ Ein bloßes berufsständisches Interesse - Schutz des Ansehens der Anwaltschaft - reiche nicht aus, um die für den Betroffenen äußerst schwerwiegende Präventivmaßnahme eines Berufsverbotes zu rechtfertigen.²¹⁴⁾ Die besonderen Feststellungen über eine konkrete Gefährdung wichtiger Gemeinschaftsgüter seien nur

209) a.a.O., S. 117 und E 48, 292, 296

210) E 44, 105, 117 f

211) E 44, 105, 118

212) E 44, 105, 121 f; E 48, 292, 296

213) E 44, 105, 121

214) E 44, 105, 123

dann entbehrlich, wenn bereits Art und Schwere der Pflichtwidrigkeit als solche diese Gefährdung indizierten.²¹⁵⁾

Dies gelte unabhängig davon, ob das vorläufige Berufsverbot vor oder nach (§ 153 BRAO) Erlass eines Ausschlussurteils verhängt wird.²¹⁶⁾

Da in beiden vom Bundesverfassungsgericht zu entscheidenden Fällen der Ehrengerichtshof der Notwendigkeit dieser einschränkenden, verfassungskonformen Anwendung des § 150 BRAO nicht Rechnung getragen habe,²¹⁷⁾ hob das Bundesverfassungsgericht die ehrengerichtlichen Entscheidungen wegen Verstoßes gegen Art. 12 Abs. 1 GG auf.

Den Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts ist uneingeschränkt beizupflichten. Die Überprüfung der Verfassungsmäßigkeit des § 150 BRAO durch das Gericht zeigt beinahe mustergültig, wie auch im Berufsrecht der Anwälte Eingriffe in die Berufsfreiheit grundsätzlich allein anhand der Stufensystematik zu beurteilen sind und damit auch dem Anwalt der Schutz des Art. 12 GG in vollem Umfang zugute kommt. Bemerkenswert ist, daß das Gericht in den Begründungen beider Entscheidungen an keiner Stelle die angebliche Stellung des Anwalts als ein "Organ der Rechtspflege" erwähnt und folglich auch nicht - wie in Entscheidungen anderer Gerichte zum Teil zu beobachten²¹⁸⁾ - in die Versuchung kommt, allein damit eine erhöhte Pflichtenbindung des Anwalts zu begründen und Eingriffe in seine Berufsfreiheit in größerem Umfang zuzulassen.

215) E 44, 105, 123; E 48, 292, 298

216) E 48, 292, 298

217) E 44, 105, 122; E 48, 292, 298

218) vgl. die bereits erwähnten Entscheidungen des BGH's, BGH, NJW 1972, 2140 sowie BGHSt 9, 20 ff; 12, 367 ff; 18, 396 ff und OVG-Lüneburg, DVBl 1972, 958 ff; LG Göttingen, AnwBl 1966, 407

f) Die Pflicht zum Tragen der Amtstracht

Schließlich sei noch kurz auf die in § 11 der Grundsätze des anwaltlichen Standesrechts²¹⁹⁾ fixierte Pflicht des Rechtsanwalts eingegangen, vor Gericht die Amtstracht zu tragen.

Nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts²²⁰⁾ handelt es sich dabei um eine Berufsausübungsregelung, die zwar nicht auf Gesetz, wohl aber auf vorkonstitutionellem Gewohnheitsrecht beruhe. Sie lasse sich mit sachgerechten und vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls rechtfertigen und sei auch verhältnismäßig, so daß Art. 12 Abs. 1 GG nicht verletzt sei.

Zur Sachgerechtigkeit führt das Gericht näher aus, daß es einer guten Ordnung und angemessenen Form der Gerichtsverhandlungen diene, wenn auch die beteiligten Rechtsanwälte eine Amtstracht trügen. Sie würden dadurch aus dem Kreis der übrigen Teilnehmer an der Verhandlung herausgehoben; ihre Stellung als unabhängiges Organ der Rechtspflege werde sichtbar gemacht. Darin läge auch ein zumindest mittelbarer Nutzen für die Rechts- und Wahrheitsfindung im Prozeß.²²¹⁾

Ob die Rechts- und Wahrheitsfindung tatsächlich darunter leiden würde, wenn Rechtsanwälte (wie auch Staatsanwälte und Richter) nicht in Amtstracht vor Gericht aufträten, kann wohl durchaus bezweifelt werden, sei hier aber ebenso dahingestellt wie die Frage, ob nicht die Zurückweisung eines ohne Robe auftretenden Anwalts gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstößt.²²²⁾

Anlaß zu weitergehenden Überlegungen sollte hier vielmehr die Frage geben, ob es noch "verhältnismäßig" ist,

219) in der Fassung vom 21.6.1973

220) BVerfGE 28, 21 ff

221) BVerfG, a.a.O., S. 32

222) so E. Kern, Gerichtsverfassungsrecht, § 34, V., 2.

derartige Bekleidungsfragen auf verfassungsrechtlicher Ebene zu diskutieren, zumal die "verfassungsrechtliche Problematik" nicht bei der Robe Halt macht, sondern auch die Farbe des Langbinders²²³⁾ erfaßt und möglicherweise auch noch auf andere Bekleidungsstücke übergreift. Dies in Hinblick auf Art. 12 GG zu erörtern, ist zwar formal sicherlich möglich, doch wäre dem Gewicht dieser Problematik auch ausreichend Genüge getan, wenn sie durch die für das anwaltliche Standesrecht zuständigen Ehrengerichte geklärt würde.²²⁴⁾

Abschließend sei nur noch in Anbetracht des vom Bundesverfassungsgericht (und auch von der Bundesrechtsanwaltskammer)²²⁵⁾ so betonten Zwecks der Amtstracht - Hervorhebung der Anwälte aus dem Kreis der übrigen Beteiligten und dadurch Förderung der Wahrheitsfindung - der Hinweis erlaubt, daß zumindest bei der Einführung der Pflicht zum Tragen einer Robe für Anwälte im Jahre 1713²²⁶⁾ der damit verfolgte Zweck ein ganz anderer war. Nach einer Äußerung Friedrich Wilhelm I. sollte die Amtstracht nämlich dazu dienen, "... damit man die Spitzbuben schon von weitem erkennen und sich vor ihnen hüten könne."²²⁷⁾

223) vgl. dazu BVerfGE 34, 138 f

224) vgl. auch die in der Bundesverfassungsgerichtsentscheidung E 28, 21, auf S. 25 ff wiedergegebene Stellungnahme der Bundesrechtsanwaltskammer

225) a.a.O., S. 26

226) im Zuge der sog. "fürchterlichen Musterung", vgl. dazu oben S. 5

227) Zitat nach Weißler, a.a.O., S. 310, der darauf hinweist, daß sich für diesen Ausspruch des Königs allerdings keine Quellenangabe geben läßt.

II. Berücksichtigung der besonderen Funktion des Rechtsanwalt-Verteidigers innerhalb des an rechts- staatlichen Prinzipien orientierten Strafverfahrens

1. Vorbemerkung, Problemstellung

Mit dem zuvor gewonnenen Ergebnis wurde die Frage nach der individualrechtlichen Stellung des Anwalts als Berufsinhaber innerhalb der Verfassung beantwortet. Dabei blieb die besondere Bedeutung des Rechtsanwalts als Verteidiger im Strafprozeß - für den einzelnen und für die Allgemeinheit - weitgehend außer Betracht. Aber gerade diese besondere Bedeutung der Verteidigertätigkeit macht es notwendig, seine Funktion näher zu untersuchen und daraus weitere, über Art. 12 GG hinausgehende verfassungsrechtliche Kriterien zu ermitteln, die die aufgrund Art. 12 GG grundsätzlich mögliche gesetzliche Ausgestaltung des Anwaltsberufs und der Verteidigertätigkeit beeinflussen können. Eine keinesfalls sämtliche Detailfragen berücksichtigende, sondern Grundprinzipien herausarbeitende Erörterung dieser Frage soll im folgenden versucht werden.

2. Zum weiteren Verlauf der Untersuchung

Bei der Frage der rechtlichen Ausgestaltung der Stellung des Verteidigers geht es den Ausführungen des BVerfG's²²⁸⁾ gemäß um "Grundsätze von hohem Range". Der Verteidiger-ausschluß berühre "Belange der Rechtspflege selbst". Für einen rechtsstaatlich geordneten Strafprozeß sei es des-

228) in E 34, 293, 302

halb von großem Gewicht, "daß der Beschuldigte die Möglichkeit hat, von einem Anwalt seines Vertrauens verteidigt zu werden" und daß dieser Anwalt einen freien Beruf ausübe, "der staatliche Kontrolle und Bevormundung prinzipiell ausschließt". Damit bestätigt das Gericht, daß über den berufsrechtlichen Blickwinkel hinaus die besondere Bedeutung und Funktion des Verteidigers für den einzelnen und für die Rechtspflege selbst bei der verfassungsrechtlichen Erfassung der Verteidigertätigkeit größter Beachtung bedürfen. Wie diese besondere Funktion aber inhaltlich näher zu bestimmen ist, bleibt offen.

Ansatzpunkte für eine nähere Untersuchung der Funktion des Verteidigers unter verfassungsrechtlichen Aspekten liefern konkrete Fragestellungen aus dem Blickwinkel der durch die Verteidigertätigkeit Betroffenen. Also einmal die Frage, ob und in welcher Form ein Anspruch des Beschuldigten auf Verteidigung verfassungsrechtlich abgesichert ist und zum anderen die Frage, welche Auswirkungen allgemeine, auf Grundsätze der Verfassung zurückzuführende Verfahrensprinzipien auf die Stellung des Verteidigers haben.

Ausgangspunkt für die Erörterung dieser Problematik ist das Rechtsstaatsprinzip. Der Rechtsstaat erfordert eine ihm gemäßige Organisation insb. der Strafrechtspflege und eine rechtsstaatliche Ausgestaltung der rechtlichen Stellung des Beschuldigten.²²⁹⁾ Daraus werden sich Folgerungen für die Funktion und Stellung des Verteidigers ergeben.

Andererseits enthält das Rechtsstaatsprinzip aber auch um des Schutzes der Gemeinschaft willen das Postulat

229) vgl. BVerfGE 34, 293 (302); Löwe-Rosenberg, Einleitung, Kap. 6, Rdnr. 7 ff; Schneider, NJW 77, 873 f; Rudolphi, ZRP 76, 165 f; Eb. Schmidt, Lehrkommentar, Teil I, S. 190 (Rdnr. 332 f)

einer effektiven Strafrechtspflege und Strafverfolgung,²³⁰⁾ das möglicherweise an bestimmten Punkten mit den zuerst genannten Forderungen kollidiert. D.h. also: hinter dem Begriff "Rechtsstaat" verbirgt sich eine Reihe verschiedener, nicht immer reibungslos nebeneinander laufender Forderungen. Mit der Zufluchtnahme allein auf den Begriff des "Rechtsstaats" ist nicht viel gewonnen. Vielmehr ist er ohne Benennung und nähere Betrachtung seines im konkreten Fall relevanten Inhalts beinahe beliebig verwendbar.

Deshalb ist es angebracht, vor der Überprüfung des Rechts des Beschuldigten auf Verteidigung und der hier interessierenden Verfahrensprinzipien im Zusammenhang mit dem Rechtsstaatsprinzip sich dessen Inhalt und seinen Niederschlag im Prozeßrecht allgemein vor Augen zu führen.

3. Inhalt des Rechtsstaatsprinzips

Das Rechtsstaatsprinzip ist in der Bestimmung der Staatsform in Art. 20 GG nicht ausdrücklich erwähnt. Jedoch durchzieht es als immanentes Prinzip das gesamte Grundgesetz und findet in einzelnen Verfassungsbestimmungen seinen unmittelbaren Niederschlag; z.B. in Art. 20 GG - Gewaltenteilung und das Prinzip der Gesetzmäßigkeit - oder in Art. 19 Abs. 4 GG - Garantie des Rechtsweges.

Das Bundesverfassungsgericht geht bei der Einordnung des Rechtsstaatsprinzips davon aus, daß das Verfassungsrecht auch aus gewissen, die einzelnen Sätze der geschriebenen Verfassung verbindenden allgemeinen Grundsätzen

²³⁰⁾ vgl. BVerfGE 33, 367 (383) m.w.N.; 38, 105 (115 ff); 39, 156 ff; Schneider, NJW 77, 873; Dahs, NJW 75, 1307; Rudolphi, ZRP 76, 172; Löwe-Rosenberg, Einleitung, Kap. 6, Rdnr. 2

und Leitideen bestehe, die der Verfassungsgesetzgeber, weil sie das vorverfassungsmäßige Gesamtbild geprägt hätten, von dem er ausgegangen sei, nicht in einem besonderen Rechtssatz konkretisiert habe. Zu diesen Leitideen gehöre das Rechtsstaatsprinzip; das ergebe sich aus einer Zusammenschau der Bestimmungen des Art. 20 Abs. 3 GG über die Bindung der Einzelgewalten und der Art. 1 Abs. 3, 19 Abs. 4, 28 Abs. 1 Satz 1 GG sowie aus der Gesamtkonzeption des Grundgesetzes.²³¹⁾

Wie auch immer man seinen Standort bestimmen will, auszugehen ist jedenfalls mit der einhelligen Meinung²³²⁾ davon, daß die Rechtsstaatlichkeit Verfassungsbestandteil geworden ist.

Entstanden ist der Begriff des Rechtsstaats als Forderung des liberalen Bürgertums im Kampf gegen den obrigkeitlichen Fürstenstaat um eine staatsfreie Individualsphäre.²³³⁾ Der wesentliche Gehalt der ursprünglichen Rechtsstaatsidee bestand in der Absage an absolute Macht und Hinwendung zur Herrschaft des Rechts sowie Gewähr und Schutz persönlicher und politischer Freiheit durch Mäßigung, Gliederung und richterliche Kontrolle der Staatsgewalt.²³⁴⁾ Diese den gesamten Staat (Organisation und Zweck)umfassende Vorstellung reduzierte sich zum Ende des 19. Jahrhunderts hin auf einen lediglich formellen Rechtsstaatsbegriff, der sich im wesentlichen in der Forderung nach Gesetzmäßigkeit der Verwaltung und Schutz durch unabhängige Gerichte erschöpfte.²³⁵⁾

231) vgl. BVerfGE 2, 380, 403; 25, 269, 290

232) vgl. statt aller Maunz, Deutsches Staatsrecht, § 10 I, S. 71

233) vgl. H. Krüger, Allgemeine Staatslehre, S. 777

234) vgl. Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, I. Bd., S. 602 f

235) vgl. ihs. O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, I, S. 58; C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 130 f; R. Thoma, JöR, Bd. 4 (1910), S. 196 ff, 214 und aus jetziger Sicht Stern, a.a.O., S. 605 ff; R. Bäuml, EvStL, Sp. 2041 ff; Forsthoff, Festschrift für C. Schmitt, S. 35 ff

Nur noch vereinzelt wurden die ursprünglich auch materialen Komponenten mitherangezogen.²³⁶⁾

An diesem formellen Rechtsstaatsbegriff änderte sich während der Weimarer Republik wenig, wenn auch z.B. C. Schmitt²³⁷⁾ in seinem Rechtsstaatsbegriff durchaus die Grundrechte miteinbezog, in die jedoch aufgrund eines Gesetzes eingegriffen werden konnte.

Es darf jedoch nicht übersehen werden, daß auch dem formellen Rechtsstaatsbegriff nicht jegliche Wertaussage fehlte. Denn schließlich war in Weimar das formelle Gesetz das Produkt der Interessenausinandersetzungen des aus allgemeinen Wahlen hervorgegangenen Parlaments, so daß bereits durch das parlamentarische Verfahren eine gewisse Begrenzung und Kontrolle der Staatsgewalt und die Gewährleistung individueller Freiheiten gesichert schien.²³⁸⁾

In der weiteren Entwicklung allerdings, mit dem Ende der Weimarer Republik, ging die Auffassung vom Rechtsstaat noch mehr in Richtung zum bloßen "Gesetzesstaat", für dessen Qualifizierung als Rechtsstaat der Inhalt des Gesetzes keine Bedeutung hatte.²³⁹⁾ So konnte dann auch 1934 vom nationalsozialistischen Rechtsstaat gesprochen werden.²⁴⁰⁾

Auf diesem Hintergrund entwickelte sich in der neueren Staatsrechtslehre ein Verständnis vom Rechtsstaat im materiellen Sinn, das den Rechtsstaatsbegriff über die formellen Kriterien hinaus an materiellen Wertentscheidungen orientiert.

236) vgl. z.B. Richard Schmidt, Allgemeine Staatslehre, Bd. 1, S. 180 ff

237) Verfassungslehre, S. 130

238) vgl. E. Stein, Staatsrecht, § 5, I

239) vgl. Stern, a.a.O. S. 608 f; auch Maunz-Dürig-Herzog, Art. 20, Rdnr. 58, deuten den Rechtsstaat im formalen Sinn "gewissermaßen als Gesetzesstaat".

240) C. Schmitt, JW 1934, 716; zum national-sozialistischen Rechtsstaatsbegriff vgl. H. Lange, Vom Gesetzesstaat zum Rechtsstaat, S. 40; G. Dietze, Rechtsstaat und Staatsrecht, in: Festschrift für G. Leibholz, Bd. II, S. 17 ff, 29

Nach F. Klein²⁴¹⁾ ist ein Rechtsstaat ein Staat, "dessen Zweck die Schaffung und Erhaltung des materiell gerechten Zustandes ist". H. Peters²⁴²⁾ definiert den Rechtsstaat als einen Staat, "der sich die Verwirklichung, d.h. die Entwicklung und Sicherung der Gerechtigkeit zum Ziele setzt und gewillt und fähig ist, den Bürger vor Willkür und Gewalt zu schützen, also seine Macht auf die Seite des Rechts zu stellen". Nach U. Scheuner²⁴³⁾ verkörpert der Rechtsstaat "in sich den Schutz der persönlichen und politischen Freiheit des Bürgers und der Mäßigung und rechtlichen Bindung aller öffentlichen Machtausübung". Maihofer²⁴⁴⁾ beschreibt das "materiale Prinzip des freiheitlichen Rechtsstaates" als "eine Ordnung des Staates durch das Recht zur Gewährleistung der größtmöglichen und gleichberechtigten Freiheit und Sicherheit des Menschen". Maunz-Dürig-Herzog²⁴⁵⁾ betrachten den Rechtsstaat schlicht "gleichsam als Gerechtigkeitsstaat", und schließlich bedeutet Rechtsstaatlichkeit nach Stern²⁴⁶⁾ die "Ausübung staatlicher Macht auf der Grundlage von verfassungsmäßig erlassenen Gesetzen mit dem Ziel der Gewährleistung von Freiheit, Gerechtigkeit und Rechtssicherheit".

Alle diese Definitionen lassen eine Betrachtungsweise erkennen, die nicht bloß nach dem formalrechtlich korrekt geäußerten Geltungswillen fragt, "sondern nach der materiellen (wertmäßigen) Geltungsbegründetheit des staatlichen Gesetzes".²⁴⁷⁾

241) ZStaatsw 1950, 395

242) Geschichtliche Entwicklung und Grundfragen der Verfassung, S. 196

243) Festschrift zum 100jährigen Bestehen des DJT's, Bd. II, S. 250

244) Rechtsstaat und menschliche Würde, S. 64

245) Art. 20, Rdnr. 59

246) a.a.O., I. Bd. S. 615

247) Maunz-Dürig-Herzog, Art. 20, Rdnr. 59

Auch das Bundesverfassungsgericht hat sich zum Rechtsstaat im materiellen Sinn bekannt und sieht in ihm eine Grundentscheidung des Verfassungsgebers.²⁴⁸⁾

Die Betonung der materiellen Wertkomponente des Rechtsstaatsbegriffs beinhaltet jedoch nicht, daß die formale Betrachtungsweise ihre Bedeutung verloren hätte. Vielmehr ist der Rechtsstaat nach heutiger Auffassung sowohl durch die formellen als auch durch die materiellen Elemente gekennzeichnet.²⁴⁹⁾ Die Neubestimmung des Rechtsstaatsbegriffs vom liberalen in Richtung auf den sozialen und vom formellen in Richtung auf den materiellen Rechtsstaat²⁵⁰⁾ unter der Herrschaft des Grundgesetzes führt zu einer Synthese der Betrachtungsweisen. Jede Reduzierung auf den einen oder anderen Aspekt wäre eine Verkennung der Komplexität des freiheitlichen Rechtsstaates; die Grundidee des Rechtsstaats ist die Absage an den Machtstaat und die Gewährleistung von Freiheit, Gerechtigkeit und Rechtssicherheit.

Unabdingbares Strukturelement des Rechtsstaats ist die Anerkennung von Grundrechten, die darüberhinaus die anderen rechtsstaatlichen Garantien mit ihrem materiellen Wertgehalt erfüllen.²⁵¹⁾ Ibs. die als ein vor- und überverfassungsrechtliches Rechtsgut anerkannte Menschenwürde ist der verbindliche Maßstab aller staatlichen Gewalt.²⁵²⁾ Weitere Bestandteile des Rechtsstaatsprinzips

248) vgl. BVerfGE 11, 150; 6, 32; 6, 55

249) vgl. Maunz-Dürig-Herzog, a.a.O.; Maunz, a.a.O., S. 70; Stern, a.a.O., S. 619

250) vgl. Scheuner, a.a.O., S. 231, 247 ff; Hamann-Lenz, Einf. I D 1 (A 1); Bäumlin, EvStL, Sp. 2044 ff; BVerfGE 7, 89, 92; 11, 150, 163; 20, 323, 331

251) vgl. Maunz-Dürig-Herzog, Art. 20, Rdnr. 70; Forsthoff, VVDStRL Heft 12, S. 16; Bachof, VVDStRL Heft 12, S. 38; Maunz, a.a.O., S. 67, BVerfGE 2, 380, 403 ff; 7, 282

252) so ibs. Maihofer, a.a.O., S. 56 ff; Bachof, a.a.O., S. 39

sind: die Gewaltenteilung, das Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung, die Voraussehbarkeit und Berechenbarkeit staatlichen Handelns, die Gewähr umfassenden und effektiven Rechtsschutzes auch gegen die öffentliche Gewalt und die Verhältnismäßigkeit staatlicher Eingriffe.

Dies sind die wesentlichsten Elemente, ohne daß damit der Inhalt des Rechtsstaatsprinzips erschöpfend wiedergegeben wäre; vielmehr sind ihm zahlreiche weitere Grundsätze zuzurechnen, wie etwa die Gewährleistung des gesetzlichen Richters und der Grundsatz des rechtlichen Gehörs, auf den später noch näher einzugehen sein wird. Eine Gesamtinterpretation des Rechtsstaatsbegriffs ist angesichts seiner Spannweite wohl nicht möglich.²⁵³⁾ Er enthält keine im einzelnen eindeutigen Gebote und Verbote, sondern bedarf der Konkretisierung je nach Sachlage.²⁵⁴⁾ Auch das Strafverfahren ist in wesentlichen Zügen durch das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit geprägt.

4. Das Rechtsstaatsprinzip als Organisationsprinzip des Strafprozesses

a) Ziel und Aufgabe des Strafprozesses

Nachdem der Staat in einem langen Kampf gegen Selbsthilfe und Privatrecht das Recht zu strafen bei sich monopolisiert hat, erwächst ihm daraus die Pflicht, der Androhung von Unrechtsfolgen (materielles Strafrecht) deren Verwirklichung im Strafprozeß nach Begehung einer Tat folgen zu lassen.²⁵⁵⁾ Das Prozeßrecht teilt damit zunächst die Zielsetzung des materiellen Strafrechts, sozialschädliches

253) vgl. Stern, a.a.O., S. 618

254) vgl. Maunz, a.a.O., S. 70

255) vgl. Löwe-Rosenberg, Einleitung, Kap. 6, Rdnr. 2

Verhalten zu bekämpfen und Rechtsgüter zu schützen. Dieses Ziel des Gesellschaftsschutzes läßt sich nur durch einen Strafprozeß erreichen, der auf die Ermittlung von Wahrheit und Gerechtigkeit gerichtet ist²⁵⁶⁾ und feststellt, ob ein staatlicher Strafanspruch entstanden ist und bejahendenfalls die Schuld ausspricht und entsprechende Rechtsfolgen festsetzt oder verneinendenfalls den unschuldigen Verdächtigen freispricht, also ein gerechtes Urteil ausspricht. Da aber Schuld oder Unschuld des Verdächtigen in der Regel nicht vorher feststehen, es vielmehr gerade Aufgabe allein des Strafverfahrens ist, dies festzustellen, entsteht sofort die Frage, mit welchen Mitteln dabei vorgegangen werden kann, d.h. wie den durchaus gegenläufigen Interessen einmal der Gemeinschaft an energischer Durchsetzung des Rechts gegenüber dem wirklichen Rechtsbrecher und zum anderen des ibs. unschuldig Verdächtigten auf Respektierung seiner Freiheitsrechte Rechnung getragen wird.

b) StPO - Ausführungsgesetz des Grundgesetzes;

Subjektstellung des Beschuldigten

Nirgendwo mehr als bei der Frage nach der Ausgestaltung des Strafverfahrens zeigt sich der starke Einfluß des gegenwärtigen Verfassungszustandes - des Verhältnisses der staatlichen Macht zum einzelnen. Veränderungen der politischen Machtverhältnisse und damit zumindest der Verfassungswirklichkeit haben sich stets auch in der Gestaltung des Strafverfahrens niedergeschlagen²⁵⁷⁾ (als eklatantes Beispiel sei hier auf die machtstaatlichen Entartungserscheinungen des Nationalsozialismus ver-

256) vgl. statt vieler Eb. Schmidt, Lehrkommentar, Teil I, Rdnr. 20 ff

257) vgl. dazu H. Schorn, Der Schutz der Menschenwürde im Strafverfahren, S. 13 ff; Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht, § 12 A; Rudolphi, ZRP 76, 166

wiesen).

So ist auch das heutige Grundgesetz mit seinem Bekenntnis zum Rechtsstaat im oben geschilderten Sinne als Fundament der Struktur des Strafprozesses und der wichtigsten Prozeßprinzipien zu verstehen. Mit der Rückkehr zu rechtsstaatlichen Verfassungsgrundsätzen hat auch eine Rückkehr zu rechtsstaatlichen Verfahrensgrundsätzen stattgefunden. Daß die Grundrechte bei Anwendung und Auslegung auch der Sätze der StPO ständig zu beachten sind, wird vom Bundesverfassungsgericht mehrfach betont und ist allgemein anerkannt. Ibs. "bzgl. der Frage, inwieweit staatliche Behörden im Interesse der Verbrechensbekämpfung in die Rechtssphäre des einzelnen eingreifen dürfen, ist die StPO nichts anderes als ein Ausführungsgesetz zum Grundgesetz".²⁵⁸⁾

Mit rechtsstaatlichen Vorstellungen unvereinbar wäre es, die Aufklärung des wahren Sachverhalts in beliebiger Form und mit beliebigen Mitteln zu betreiben. Dies ist nur in einem geregelten Verfahren und mit justizförmigen Mitteln erlaubt.²⁵⁹⁾ Die "schützenden Formen" entspringen dem Gedanken der Rechtssicherheit und zwingen den Staat, die Betätigung seiner Strafgewalt nicht nur an materiell-strafrechtliche Voraussetzungen zu binden.²⁶⁰⁾

Ziel des Strafprozesses ist also die Ermittlung der materiellen Wahrheit; jedoch können die absolute Wahrheit und die absolute Gerechtigkeit nicht erreicht werden. Diese Werte sind in ihrer Absolutheit menschlicher Erkenntnis nicht zugänglich.²⁶¹⁾

258) Eb. Schmidt, Lehrkommentar, Teil I, Rdnr. 333; vgl. auch H. Schorn, a.a.O., S. 16

259) vgl. Eb. Schmidt, Lehrkommentar, Teil II, 11. Abschn., Vorbemerkung 5; Löwe-Rosenberg, Einleitung, Kap. 6, Rdnr. 7; BGH, NJW 1954, 649

260) vgl. Eb. Schmidt, Lehrkommentar, Teil I, Rdnr. 20 ff

261) so auch Eb. Schmidt, Lehrkommentar, Teil I, Rdnr. 20; Ostendorf, NJW 1978, 1347; Arndt, NJW 1959, 1300

Aufgabe des Strafverfahrens kann es deshalb nur sein, diesem Ziel möglichst nahe zu kommen. Dennoch ist auch das sorgfältigste Bemühen um Wahrheit und Gerechtigkeit kein absolut sicherer Schutz vor der Möglichkeit eines Fehlurteils. Der Subjektivität und Relativität jeder Erkenntnis trägt das Strafprozeßrecht in seiner liberal-rechtsstaatlichen Konzeption dadurch Rechnung, daß es unter Berücksichtigung jahrhundertealter Erfahrungen mit behördlicher und richterlicher Willkür nur bestimmte Wege und Methoden zuläßt, die sich zur Gewinnung eines gerechten Urteils als geeignet erwiesen haben.²⁶²⁾

Die Beachtung der prozessualen Formen bedeutet also nicht nur, eine bestimmte Technik der Urteilsfindung anzuwenden, sondern schafft erst die Grundlage für ein gerechtes Urteil. Der durch die Justizförmigkeit der Urteilstgewinnung erzwungene Schutz vor ungerechten Maßnahmen staatlicher Gewalt entspricht der Respektierung der individuellen Freiheitssphäre durch den Rechtsstaat.

Eine der wichtigsten Errungenschaften der Bemühungen um einen rechtsstaatlichen Strafprozeß ist die Anerkennung des Beschuldigten als eines "Prozeßsubjektes". Das bedeutet zunächst ganz allgemein, daß der Verdächtige nicht wie im Inquisitionsprozeß als "Untersuchungsobjekt" der fast schrankenlosen Gewalt des Inquirenten ausgeliefert ist, sondern in selbständiger Weise für seine Interessen kämpfen kann, indem er gestaltend auf den Prozeß und die Aufklärungsarbeit der staatlichen Behörden einwirken kann.²⁶³⁾ Diese Mitwirkungsmöglichkeit

262) vgl. Eb. Schmidt, a.a.O., Rdnr. 20 ff; Löwe-Rosenberg, Einl., Kap. 6, Rdnr. 2 ff, ibs. Rdnr. 8

263) vgl. Eb. Schmidt, a.a.O., Rdnr. 98 ff; Löwe-Rosenberg, Einl., Kap. 6, Rdnr. 8; E. Müller, NJW 1976, 1064; H. Dahs, Das rechtliche Gehör im Strafprozeß, S. 1 ff; ders., NJW 1975, 1386; ders., NJW 1976, 2146; H. Dahs sen., AnwBl 1959, 173; BVerfGE E 9, 89, 95; 26, 66, 71; 34, 293, 302; 38, 105, 111

entspringt ebenso der Achtung der Menschenwürde des Verdächtigen wie das Gebot, den Umfang der staatlichen Macht- und Zwangsbefugnisse zu begrenzen.²⁶⁴⁾ So verbietet die Subjektstellung des Verdächtigen z.B. die Verwendung der Narkoanalyse und eines "Lügendetektors". §§ 136 und 136 a StPO stellen klar, daß die Prozeßsubjekteigenschaft des Beschuldigten als undurchbrechbarer Grundsatz anerkannt und sogar der Verfügung des Beschuldigten selbst entzogen ist.²⁶⁵⁾

Ferner ist der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit Ausgangspunkt des Prinzips der Unschuldsvermutung (worauf später noch näher einzugehen sein wird). Kerngedanke ist, daß alle Maßnahmen auch Unschuldige treffen können, so daß die Zulässigkeit von Eingriffen in die Freiheitsposition des Beschuldigten bis zu seiner Verurteilung stets an dieser Möglichkeit zu messen ist.²⁶⁶⁾ Das führt dazu, die Grenzen staatlicher Zwangsbefugnisse im Strafprozeß unter den Gesichtspunkt zu stellen, inwieweit sie im Interesse der Verbrechensverfolgung und -bekämpfung unentbehrlich sind.²⁶⁷⁾

Neben diesen Grundsätzen (Justizförmigkeit, Prozeßsubjektstellung und Unschuldsvermutung) dienen zahlreiche andere prozeßrechtliche Prinzipien ebenfalls der Verwirklichung eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens. Es sind dies der Grundsatz des gesetzlichen Richters, die Unabhängigkeit des Richters, die Möglichkeit, befangene Richter abzulehnen, der Grundsatz des rechtlichen Gehörs und die Prozeßmaximen der Öffentlichkeit, Mündlichkeit und Unmittelbarkeit, der Grundsatz der Waffengleichheit, das Prinzip des "fair trials", der Grundsatz der gebun-

264) vgl. Löwe-Rosenberg, a.a.O.

265) vgl. Eb. Schmidt, a.a.O., Rdnr. 100

266) vgl. H. Dahs, NJW 1976, 2146; Müller, NJW 1976, 1066; BVerfGE 19, 347

267) vgl. Löwe-Rosenberg, a.a.O., Rdnr. 9

denen Beweisaufnahme, des Strengbeweises und vor allem das Gebot, dem Beschuldigten umfassende und effiziente Verteidigungsmöglichkeiten einzuräumen, wobei diese Aufzählung nicht vollständig ist.

Auf alle Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips im Strafprozeß näher einzugehen, würde den Rahmen dieser Arbeit sprengen. Soweit sie jedoch für die Stellung des Verteidigers des Beschuldigten von Bedeutung sind, werden sie im folgenden näher untersucht. Das gilt für den Anspruch des Beschuldigten auf einen Verteidiger, die Unschuldsvermutung, das "fair trial" und das Prinzip der Waffen-
gleichheit.

5. Das Recht des Beschuldigten auf Verteidigung - seine verfassungsrechtliche Verankerung und seine Bedeutung für die Stellung des Verteidigers

Die verfassungsrechtliche Grundlage des Rechts des Beschuldigten auf Hinzuziehung eines Verteidigers ist umstritten. Nach einer im Schrifttum zunehmend vertretenen Meinung²⁶⁸⁾ ist diese Grundlage in Art. 103 Abs. 1 GG - dem Anspruch auf rechtliches Gehör -, nach Auffassung des Bundesverfassungsgerichts²⁶⁹⁾ in Art. 2 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip zu sehen.

268) vgl. Schneider, a.a.O., S. 45 ff; ders., NJW 1977, 873 ff; Maunz-Dürig-Herzog, Art. 103 I Rdnr. 78; A. Arndt, NJW 1964, 2147; ders., NJW 1959, 8; ders., NJW 1959, 1300; Ule, DVBl 1959, 544; Lerche, ZZP 78 (1965), 18; Zeuner, in: Festschrift für Nipperdey, Bd. I, S. 1034; Pentz, DRiZ 1966, 401

269) vgl. BVerfGE 26, 66, 71; 34, 293, 303; 38, 105, 111 f; NJW 1975, 1014; NJW 1975, 1016

a) Darstellung der Argumentation des Schrifttums

Der in Art. 103 Abs. 1 GG gewährleistete Anspruch auf rechtliches Gehör ist anerkanntermaßen ein echtes Grundrecht²⁷⁰⁾ und als Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips zu verstehen.²⁷¹⁾ Ob - wie auch vertreten wird²⁷²⁾ - daneben die Wurzel des Gehörgrundsatzes möglicherweise unmittelbar in Art. 1 Abs. 1 GG liegt, kann hier dahingestellt bleiben.

Inhaltlich umfaßt Art. 103 Abs. 1 GG sowohl das Recht des Beschuldigten auf Vorbringen von Tatsachen als auch ein Äußerungsrecht in rechtlicher Hinsicht.²⁷³⁾

Daraus ergeben sich folgende Schlußfolgerungen:

aa) Da Art. 103 Abs. 1 GG auch Rechtsausführungen umfaßt, muß es - damit dieses Grundrecht nicht leerläuft, nicht zum "nudum ius" wird - rechtskundige Beistände vor Gericht geben; jeder Beschuldigte muß sich des Beistandes eines rechtskundigen Verteidigers bedienen können.²⁷⁴⁾ So sah denn auch der Grundgesetzentwurf von Herrenchiemsee im Anschluß an den Anspruch auf rechtliches Gehör ein Recht

270) vgl. A. Arndt, NJW 1959, 6; Maunz-Dürig-Herzog, Art. 103 I, Rdnr. 8; Hamann, Art. 103 Anm. 3; v. Winterfeld, NJW 1961, 851; Jagusch, NJW 1959, 265; BVerfGE 1, 332, 342; 1, 418, 429; 7, 275, 278; 9, 89, 95; BVerwG, DVBl 1956, 834

271) vgl. BVerfGE 1, 332, 347; 7, 53, 57; 7, 275, 278; 9, 89, 95; A. Arndt, NJW 1959, 1298; Maunz-Dürig-Herzog, Art. 103 I, Rdnr. 4; H. Dahs, Das rechtliche Gehör im Strafprozeß, S. 2 ff

272) z.B. von Röhl, NJW 1958, 1268; Maunz-Dürig-Herzog, Art. 103 I, Rdnr. 5

273) vgl. Eb. Schmidt, a.a.O., Rdnr. 345; Maunz-Dürig-Herzog, Art. 103 I, Rdnr. 33 ff; H. Dahs, a.a.O., S. 33 ff; A. Arndt, NJW 1959, 6; ders., NJW 1959, 1298; Jagusch, NJW 1959, 266; Ule, DVBl 1959, 542; v. Winterfeld, NJW 1961, 851; Löwe-Rosenberg, Einl., S. 136; BVerfGE 9, 261, 266; OLG Karlsruhe, NJW 1968, 1438; a.A.: Röhl, NJW 1953, 1533; Eyermann-Fröhler, § 108 Rdnr. 12; KG, NJW 1954, 1410

274) so H. Dahs, a.a.O., S. 52 f; A. Arndt, NJW 1964, 2147; Schneider, Der Rechtsanwalt, ein unabhängiges Organ der Rechtspflege, S. 46; Maunz-Dürig-Herzog, Art. 103 I, Rdnr. 78; Ule, DVBl 1959, 544; OLG Karlsruhe, AnwBl 1968, 289

auf Hinzuziehung eines Verteidigers vor, das später nur deswegen wieder gestrichen wurde, weil die StPO in § 137 dieses Recht bereits normiert hatte.²⁷⁵⁾

bb) Da das rechtliche Gehör als Grundrecht dem Beschuldigten zusteht und es der Verteidiger lediglich für ihn ausüben hilft, garantiert Art. 103 Abs. 1 GG auch die Möglichkeit der freien Wahl eines Verteidigers seitens des Beschuldigten.²⁷⁶⁾

cc) Art. 103 Abs. 1 GG beinhaltet ferner eine Einrichtungsgarantie der Rechtsanwaltschaft, da eine effektive Realisierung dieses Grundrechts die Einrichtung einer Rechtsanwaltschaft mitbedingt; um der Sicherung des Grundrechts auf rechtliches Gehör willen muß auch das Institut Rechtsanwalt in seinem Bestand geschützt sein.²⁷⁷⁾

dd) Schließlich gewährleistet Art. 103 Abs. 1 GG auch die Unabhängigkeit der Rechtsanwaltschaft. Das Grundrecht auf rechtliches Gehör ist gleichzeitig die Garantiebestimmung der freien Verteidigung.²⁷⁸⁾

ee) Stellungnahme: Alle diese Schlußfolgerungen ergeben sich aus der zutreffenden Forderung nach Effektivität des Rechtsschutzes. Die Gewährung eines Grundrechts wäre sinnlos, wenn nicht gleichzeitig der Grundrechtsinhaber in die Lage versetzt wird, es wahrnehmen zu können. Damit begründet sich auch die Herleitung der Unabhängigkeit der

275) vgl. die stenographischen Protokolle des Rechtspflegeausschusses des Parlamentarischen Rats, 7. Sitzung, vom 6.12.1948, S. 134

276) so A. Arndt, NJW 1959, 8; Schneider, a.a.O., S. 47

277) so A. Arndt, a.a.O.; Schneider, a.a.O., S. 55; Müller-Sax (KMR), Einl. 3 III a); dagegen: Maunz-Dürig-Herzog, Art. 103 I, Rdnr. 78, Fn. 5, die diese Auffassung als zu weitgehend bezeichnen, ohne dies näher zu begründen.

278) so A. Arndt, a.a.O.; Müller-Sax (KMR), a.a.O.; Dahs, a.a.O., S. 52; a.A.: Maunz-Dürig-Herzog, a.a.O., und Schneider, a.a.O., S. 55

Anwaltschaft. Denn eine effektive Ausübung des Rechts aus Art. 103 Abs. 1 GG mit Hilfe eines Anwalts erfordert notwendigerweise ein Vertrauensverhältnis zwischen Anwalt und Mandanten; das setzt wiederum die Unabhängigkeit des Anwalts von staatlichen Stellen, denen der Beschuldigte sich im Strafprozeß gerade gegenübergestellt sieht, voraus.²⁷⁹⁾

b) Zur Auffassung des Bundesverfassungsgerichts

Die Herleitung des Rechts auf Hinzuziehung eines Verteidigers aus Art. 103 Abs. 1 GG lehnt das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich ab.²⁸⁰⁾ Eine Begründung dafür wird in den neueren Entscheidungen nicht gegeben. Das Gericht begnügt sich vielmehr jeweils mit einem Hinweis auf frühere Entscheidungen und stellt lediglich fest, daß Art. 103 Abs. 1 GG grundsätzlich nur das rechtliche Gehör als solches gewährleiste, nicht aber gerade durch Vermittlung eines Rechtsanwalts. Allein in dem Beschluß vom 22.1.1959²⁸¹⁾ untermauert das Gericht diese These mit der Bemerkung, daß die streng durchgeführte Official- und Untersuchungsmaxime an sich schon die Bedeutung der Vertretung durch einen Anwalt zurücktreten lasse.

Dieser Rechtsprechung ist zunächst entgegenzuhalten, daß sich das Gericht der Methode des begründungslosen Übernahme des Satzes aus einer Entscheidung auf alle übrigen Entscheidungen bedient hat, obwohl verschiedene Sachlagen gegeben waren.²⁸²⁾ Denn zum einen ging es um

279) auch Schneider, a.a.O., S. 49, betont zwar die Notwendigkeit effektiven Rechtsschutzes, doch folgert er daraus nicht, daß Art. 103 Abs. 1 GG auch eine Aussage über die Unabhängigkeit des Anwalts enthält (S. 55).

280) vgl. BVerfG, NJW 1975, 1014 und NJW 1975, 1016 m.H.a. BVerfGE 38, 105, 118, wo wiederum auf E 9, 124, 132; 31, 298, 301 und 31, 306, 308 verwiesen wird.

281) BVerfGE 9, 124, 132

282) Darauf weist auch Schneider, NJW 1977, 875, treffend hin.

einen Anspruch des Beschuldigten gegen den Staat auf Beordnung eines Verteidigers (in E 9, 124, 132), zum anderen jedoch um das Recht auf freie Wahl eines Anwalts (in den übrigen, in Fußnote 268 genannten Entscheidungen). Darüberhinaus ergeben sich auch inhaltliche Bedenken gegenüber dem Hinweis auf die streng durchgeführte Offizial- und Untersuchungsmaxime. Die These, diese Maxime lasse "schon an sich die Bedeutung der Vertretung durch einen Anwalt zurücktreten", scheitert nämlich an der rechtsstaatlichen Überlegung, daß ein "Alleingang" des Richters eben gerade keine Gewähr für ein wahres und gerechtes Urteil bietet, es dafür vielmehr der aktiven Mitwirkung aller Beteiligten bedarf.²⁸³⁾

Im übrigen ist augenfällig, daß die in der Entscheidung vom 8.10.1974 getroffenen Ausführungen zu dem aus Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip hergeleiteten Anspruch (eines Zeugen) auf einen Rechtsbeistand mit denen zur Bedeutung des Art. 103 Abs. 1 GG inhaltlich nahezu identisch sind. Einerseits heißt es:

"Der in Art. 103 Abs. 1 GG zum Grundrecht erhobene Grundsatz des rechtlichen Gehörs ist eine Folgerung aus dem Rechtsstaatsgedanken ... Darüberhinaus fordert die Würde der Person, daß über ihr Recht nicht kurzerhand von Obrigkeit wegen verfügt wird; der einzelne soll nicht nur Objekt der richterlichen Entscheidung sein, sondern er soll vor einer Entscheidung, die seine Rechte betrifft, zu Wort kommen, um Einfluß auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen zu können".²⁸⁴⁾

Und andererseits:

"Soweit sich der Rechtsstaat in dem Grundrechtsschutz verkörpert und zu diesem Zweck die Mäßigung der staatlichen Gewalt verlangt, muß staatliches Handeln den

283) vgl. A. Arndt, NJW 1959, 1300; Schneider, a.a.O.

284) BVerfGE 9, 89, 95

Menschen in seiner Eigenständigkeit achten und schützen. Der rechtsstaatliche Gehalt des in Art. 1 Abs. 1 GG wurzelnden Grundsatzes, daß über die Rechte des Einzelnen nicht kurzerhand von Obrigkeit wegen verfügt werden darf, liegt in der aktiven Teilnahme des Bürgers an dem ihm zukommenden Rechtsschutz".²⁸⁵⁾

Warum das Gericht nicht Art. 103 Abs. 1 GG, sondern Art. 2 Abs. 1 i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip als verfassungsrechtliche Grundlage des Rechts auf Hinzuziehung eines Anwalts betrachtet, bleibt somit unklar.²⁸⁶⁾

Zu fragen bleibt, welche Schlußfolgerungen das Gericht für die Stellung des Verteidigers zieht. Ibs. in jüngeren Entscheidungen²⁸⁷⁾ findet sich die Feststellung, Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip umfasse das Recht des Beschuldigten, sich im Strafverfahren von einem gewählten Anwalt seines Vertrauens verteidigen zu lassen.

Dem ist zu entnehmen, daß einmal die freie Wahl eines Verteidigers gewährleistet, und zum anderen ein Vertrauensverhältnis zwischen Beschuldigtem und Anwalt möglich sein muß, wobei letzteres wiederum notwendigerweise voraussetzt, daß ein solcher Anwalt unabhängig ist, mithin eine "freie Advokatur" existiert. Dies macht das Gericht selbst deutlich, wenn es ausführt: "Für einen rechtsstaatlich geordneten Strafprozeß ist es von großem Gewicht, daß der Beschuldigte die Möglichkeit hat, von einem Anwalt seines Vertrauens verteidigt zu werden. Von nicht geringerer Bedeutung ist es, daß dieser Anwalt einen freien Beruf ausübt, der staatliche Kontrolle und Bevormundung prinzipiell ausschließt. Das Recht der freien Verteidigerwahl und der seit einem Jahrhundert anerkannte Grundsatz

285) BVerfGE 38, 105, 114

286) so auch Schneider, a.a.O.

287) in BVerfG, NJW 1975, 1014; BVerfGE 38, 105, 111 f; 34, 293, 302; 26, 66, 71

der 'freien Advokatur' sind wesentliche Voraussetzungen eines Strafverfahrens, in dem der Beschuldigte nicht zum Objekt staatlichen Handelns wird, sondern seine Stellung als Prozeßsubjekt behauptet und die damit verbundenen Rechte auch wirksam zu nutzen vermag".²⁸⁸⁾

c) Ergebnis

Damit deckt sich die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts letztlich in der Konsequenz für die Stellung des Verteidigers mit der im Schrifttum vertretenen Ansicht, wenn auch die Ausgangspunkte unterschiedlich sind.

Denn nach beiden Auffassungen beinhaltet das Recht des Beschuldigten auf Beistand, daß er sich der Hilfe eines freien und unabhängigen Anwalts seines Vertrauens bedienen kann. Die Herleitung einer Einrichtungsgarantie der freien Advokatur aus dem Postulat der Effizienz des Grundrechts ist gleichsam möglich, wenn man Art. 2 GG i.V.m. dem Rechtsstaatsprinzip als Ausgangsnorm nimmt, so daß auch nach der Meinung des Bundesverfassungsgerichts die freie Advokatur institutionell gewährleistet ist.

Damit sind bereits wichtige grundsätzliche Ergebnisse für die Stellung des Verteidigers im Prozeß gewonnen, wenn sich auch aus dem Grundsatz der freien Advokatur und der Notwendigkeit unabhängiger Verteidigung durch einen Anwalt des Vertrauens ohne weiteres noch keine hinreichend konkreten Folgerungen hinsichtlich einzelner Rechte des Verteidigers bzw. seiner Grenzen ergeben.

²⁸⁸⁾ BVerfGE 34, 302; vgl. auch E 15, 226, 234

6. Einzelne Verfahrensprinzipien - ihre verfassungsrechtliche Verankerung und ihre Bedeutung für die Stellung des Verteidigers

a) Die Unschuldsvermutung

Bei der Frage der rechtlichen Ableitung wird oftmals lediglich auf Art. 6 II MRK verwiesen, in dem die Unschuldsvermutung ausdrücklich normiert ist (ebenso in einigen Landesverfassungen²⁸⁹⁾).²⁹⁰⁾ Auf die Problematik, ob die MRK einfaches Bundesgesetz geworden ist, oder den Rang von Verfassungsrechtssätzen erworben hat, braucht hier nicht eingegangen zu werden, da sich die Unschuldsvermutung unmittelbar aus dem Grundgesetz selbst ableiten läßt. So werden Art. 1 GG²⁹¹⁾ oder das Rechtsstaatsprinzip²⁹²⁾ als verfassungsrechtliche Grundlagen genannt oder die Unschuldsvermutung als Konkretisierung des verfassungsrechtlichen Übermaßverbots aufgefaßt.²⁹³⁾ Jedenfalls kann davon ausgegangen werden, daß die Unschuldsvermutung verfassungsrechtlich abgesichert ist. "Die Unschuldsvermutung ist zwar im Grundgesetz nicht ausdrücklich statuiert, entspricht aber allgemeiner rechtsstaatlicher Überzeugung und ist durch Art. 6 II MRK auch in das positive Recht der Bundesrepublik eingeführt worden".²⁹⁴⁾

289) vgl. Berlin, Art. 65, Abs. 2; Bremen, Art. 6 Abs. 3; Hessen, Art. 20 Abs. 2 Satz 1; Rheinland-Pfalz, Art. 6 Abs. 3 Satz 2; Saarland, Art. 14 Abs. 2

290) vgl. Müller, NJW 1976, 1066; Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht, § 11 II

291) vgl. Sax, Grundsätze der Strafrechtspflege, in: Betermann-Nipperdey-Scheuner, die Grundrechte, 3. Bd. 2. Halbbd., S. 987; Sandermann, "Waffengleichheit" im Strafprozeß, S. 139 f

292) vgl. BVerfGE 19, 342, 347; 22, 254, 265; 25, 327, 331; Kleinknecht, Kommentar, § 6 MRK, Anm. 11

293) so Krauß, Der Grundsatz der Unschuldsvermutung im Strafverfahren, in: Müller-Dietz, Strafrechtsdogmatik und Kriminalpolitik, S. 157 ff; Kern-Roxin, a.a.O., § 11 III

294) BVerfGE 19, 342, 347

Inhaltlich besagt die Unschuldsvermutung, daß jeder Beschuldigte so lange als unschuldig zu gelten hat, bis er rechtskräftig verurteilt ist; sie ist eine den gesamten Verfahrensablauf bestimmende Größe und das notwendige Korrelat zum materiellen Strafanspruch des Staates.²⁹⁵⁾ Konkreter gefaßt heißt das, alle Maßnahmen der Wahrheitsermittlung sind auch an der Möglichkeit eines späteren Freispruchs des Beschuldigten zu orientieren. Ibs. müssen sämtliche Eingriffsmöglichkeiten daher so bemessen sein, daß sie auch im Falle eines Freispruchs ex post als ein noch zumutbares Sonderopfer eines Unschuldigen verantwortet werden können.²⁹⁶⁾ Neben dieser Abwehrfunktion wird der Unschuldsvermutung noch ein zweiter Aspekt, die Teilhabefunktion zugeschrieben, die dem Beschuldigten die rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten eröffne, selbständig und maßgeblich auf den Verlauf und das Ergebnis des Prozesses Einfluß zu nehmen. Diese sog. Teilhabefunktion deckt sich aber mit dem, was die Prozeßsubjektstellung des Beschuldigten als allgemeines Postulat meint. (s.o. S. 71 f.) Die Rückführung dieses Aspekts auf die Unschuldsvermutung ist daher überflüssig und wird auch dem eigentlichen Sinn dieses Prinzips nicht mehr gerecht; dieser besteht allgemein darin, daß niemand ohne den in einem gesetzlichen Verfahren erbrachten Nachweis seiner Schuld als Schuldiger behandelt werden darf.²⁹⁷⁾

Aber auch die auf die Abwehrfunktion beschränkte Interpretation der Unschuldsvermutung führt zu der Notwendigkeit des Rechts des Beschuldigten auf Hinzuziehung eines Verteidigers, wie es auch in Art. 6 Abs. 3 c) MRK ausdrücklich normiert ist. Denn "in der Praxis pflegen

295) vgl. Krauß, a.a.O., S. 158; Müller, NJW 1976, 1066

296) vgl. Müller, a.a.O.; Dahs, NJW 1976, 2146; BVerfGE 19, 342, 347

297) vgl. Kleinknecht, Kommentar, Art. 6 MRK, Anm. 11

Ideen wie Verfolgung des staatlichen Strafanspruchs bei gleichzeitiger Unschuldsvermutung nur zu funktionieren, wenn sie durch Personen oder Institutionen aktiviert werden".²⁹⁸⁾ Auf diesem Hintergrund ist der Verteidiger als (Mit-)Garant der Unschuldsvermutung zu sehen.²⁹⁹⁾

b) Das Prinzip des "fair trial"

Das Gebot des "fair trials" zählt zu den wesentlichen Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Verfahrens; seine verfassungsrechtliche Quelle ist ebenfalls das Rechtsstaatsprinzip.³⁰⁰⁾

Inhaltlich erfordert es ein an den Grundsätzen der Gerechtigkeit und Billigkeit orientiertes Verfahren.³⁰¹⁾ Es verbietet jeglichen Mißbrauch der staatlichen Macht im Prozeß und soll dem Beschuldigten gegenüber der ihm an Mitteln, Kenntnissen und Einfluß überlegenen Anklagebehörde möglichsste Chancengleichheit sichern.³⁰²⁾ Daraus ergibt sich, daß der vom Verfahren Betroffene in der Lage sein muß, prozessuale Rechte und Möglichkeiten mit der erforderlichen Sachkunde selbständig wahrzunehmen. Damit ist aber wiederum nur ganz allgemein die prinzipielle Position eines Beteiligten als einflußreiches Subjekt des Verfahrens angesprochen.³⁰³⁾ Letztlich dürfte Müller³⁰⁴⁾ zuzustimmen sein, der zu dem Ergebnis gelangt, daß "fair trial" ein Begriff von so komplexer Bedeutung sei, "daß er als unübersetzbar gelten muß, sich jedenfalls einer

298) so zutreffend Dahs, NJW 1975, 1386

299) vgl. Dahs, a.a.O.; Müller, NJW 1976, 1067; Müller-Sax (KMR), Einleitung 3, S. 35 f

300) vgl. BVerfGE 26, 66, 71; BGHSt 24, 131; Löwe-Rosenberg, Einleitung, Kap. 6, Rdnr. 16; Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht, S. 53 f

301) BGHSt, a.a.O.

302) vgl. Kern-Roxin, a.a.O.

303) vgl. Arndt, NJW 1959, 1301

304) in NJW 1976, 1066

konkreten rechtlichen Bestimmung entzieht, so daß auch der Garantie des Verfahrens in "billiger Weise" ein selbständiger materieller Eigenwert nicht zukommt".

Folglich sind keine, zumindest keine über die aus der Subjektstellung des Beschuldigten hinausreichende Folgerungen für die Stellung des Verteidigers möglich.

c) Das Prinzip der Waffengleichheit

Die Geltung des Grundsatzes der Waffengleichheit im deutschen Strafprozeß war lange umstritten, ist heute aber ganz überwiegend anerkannt.³⁰⁵⁾ Nur vereinzelte Stimmen vertreten noch die Auffassung, daß in einem Prozeß kontinentaler Prägung mit der Verfahrensherrschaft staatlicher Organe für einen solchen Grundsatz kein Raum sei.³⁰⁶⁾ Dem liegt jedoch ein falsches Verständnis vom Inhalt der Waffengleichheit als eines Prinzips unterschiedsloser formaler Gleichheit zugrunde. Waffengleichheit in einem solch absoluten Sinne ist allerdings mit der Struktur des deutschen Strafverfahrens nicht vereinbar;³⁰⁷⁾ dies ist damit aber auch nicht gemeint (s.u.).

Über den normativen Hintergrund des Grundsatzes der Waffengleichheit besteht keine Einigkeit. Nach einer Meinung³⁰⁸⁾ ist er als Konkretisierung des Gebots des

305) vgl. BVerfGE 38, 105, 111; 26, 66, 71; BGHSt 12, 136, 139; 18, 369, 371; Sander mann, a.a.O.; Müller, NJW 1976, 1064 ff; Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht, § 11 V (S. 54); Dahs, Handbuch, S. 220; Maunz-Dürig-Herzog, Art. 3 GG, Rdnr. 50 f; Löwe-Rosenberg, Einl., Kap. 6, Rdnr. 13 ff; Zeuner, Rechtliches Gehör, in: Festschrift für Nipperdey, S. 1013 ff; Kalsbach, Ständesrecht, S. 198 f; Ostler, JR 59, 121 ff; Arndt, NJW 1960, 1192; Schorn, Der Strafverteidiger, S. 105; v. Stackelberg, AnwBl 59, 190 ff

306) so z.B. Krauß, a.a.O., S. 153 ff; Mörsch, S. 43 u. 102; Geerds, GA 1975, 347

307) vgl. Müller, NJW 1976, 1065; Rudolphi, ZRP 76, 171; Kern-Roxin, a.a.O.

308) BVerfGE 38, 105, 111; Kern-Roxin, a.a.O., Rudolphi, a.a.O.

"fair trial" (s.o.) zu verstehen, andere³⁰⁹⁾ bringen ihn mit dem Gleichheitssatz des Art. 3 GG in Verbindung oder sehen dahinter einen verfassungsrechtlichen Normenverbund unter Führung von Art. 3 GG.³¹⁰⁾ 311)

Angesichts der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts,³¹²⁾ wonach das Verbot der willkürlichen Ungleichbehandlung nicht nur grundrechtlich (in Art. 3) abgesichert sei, sondern als Element des objektiven Gleichheitsprinzips und damit des Grundsatzes der Rechtsstaatlichkeit in allen Bereichen gelte, kann jedenfalls das Rechtsstaatsprinzip als Hintergrund der Waffengleichheit aufgefaßt werden. Somit ist das Prinzip der Waffengleichheit verfassungsrechtlich abgesichert.

Zum Inhalt: Wie bereits erwähnt, wäre eine formelle to-

309) BGHSt 12, 136, 139; Maunz-Dürig-Herzog, a.a.O.; Habscheid, NJW 1962, 1986

310) Müller, NJW 1976, 1067

311) Diese unterschiedlichen Auffassungen führen im Ergebnis zu keinen nennenswerten rechtserheblichen Konsequenzen. Ibs. stände dem Beschuldigten im Falle des Verstoßes einer gesetzlichen Vorschrift gegen das Prinzip der Waffengleichheit auch dann die Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde offen, wenn man dieses Prinzip nicht in Art. 3 GG, sondern im Rechtsstaatsprinzip verankert sieht. Die Auffassung Sandermanns, a.a.O., S. 112 f, die in diesem Fall die Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde für nicht gegeben hält, weil diese nur bei der Verletzung von Grundrechten oder diesen nach Art. 93 Abs. 1 Ziff. 4 a) GG gleichgestellten Rechten - wozu das Rechtsstaatsprinzip nicht gehöre - zulässig sein, übersieht, daß der Beschuldigte bei Verletzung von Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit auch eine Verletzung des Art. 2 Abs. 1 GG geltend machen und somit durchaus Verfassungsbeschwerden erheben könnte. Dies entspricht seit dem "Elfes-Urteil" des Bundesverfassungsgerichts - E 6, 32, 41 - ständiger Rechtsprechung und allgemeiner Auffassung. Vgl. auch BVerfGE 6, 389, 433; 7, 111, 119; 9, 3, 11 f; 10, 354, 360; 12, 296, 308; 29, 402, 408; 42, 20, 27 f und Maunz-Dürig-Herzog, Art. 2 Abs. 1, Rdnr. 26; Hamann-Lenz, Art. 2, A. 3. 6

312) E 26, 228; 23, 12; 23, 252

tale Gleichheit zwischen Staatsanwalt und Beschuldigtem im gesamten Verfahren mit unserer Verfahrensstruktur nicht vereinbar und darüberhinaus auch in einem reinen Parteiprozeß anglo-amerikanischer Prägung kaum durchführbar. Vielmehr ist mit der Forderung nach Waffengleichheit gemeint, daß jede durch die unterschiedliche Verfahrensrolle von Beschuldigtem und Verteidiger einerseits und Staatsanwalt andererseits nicht gedeckte Differenzierung der Rechte zu untersagen ist. D.h., Staatsanwalt und Beschuldigter sind insofern als wesentlich gleich zu betrachten, als sie im Strafverfahren als Rechtsträger gleichen Rang einnehmen.³¹³⁾ Dabei ist zwischen den einzelnen Verfahrensabschnitten zu differenzieren. In den Abschnitten, in denen nur der Beschuldigte und der Staatsanwalt als "Herr des Verfahrens" beteiligt sind, beinhaltet die Waffengleichheit vor allem das Verbot von Zwangsmaßnahmen gegenüber dem Beschuldigten. Dagegen muß im Haupt-, Zwischen- oder Vorverfahren, in denen der Richter eine Entscheidung trifft, auch formale Gleichheit bestehen, d.h. der Beschuldigte muß dieselben rechtlichen und tatsächlichen Möglichkeiten haben wie die Staatsanwaltschaft.³¹⁴⁾ Seine Grenze findet das Prinzip der Waffengleichheit dann, wenn seine Anwendung eine geordnete Strafrechtspflege nicht nur im Einzelfall, sondern generell unmöglich machen würde. Das ist i.B. dann der Fall, wenn der Untersuchungszweck gefährdet würde, d.h. die Anwendung der Waffengleichheit Mittel der Sachverhaltsaufklärung, die generell in jedem Verfahren zur

313) vgl. Sandermann, a.a.O., S. 182; Müller, NJW 1976, 1065; Kern-Roxin, a.a.O.; Kohlmann, Waffengleichheit im Strafprozeß? in: Festschrift für Karl Peters, S. 311 ff

314) vgl. Sandermann, a.a.O.; nach Kern-Roxin, a.a.O., ist in der Hauptverhandlung sogar eine gewisse Bevorzugung des Angeklagten gegenüber dem Ankläger geboten; so auch Müller, NJW 1976, 1065

Verfügung stehen müssen, unanwendbar oder praktisch wertlos machen würde.³¹⁵⁾

Folgerungen für die Stellung des Verteidigers:

Auch aus dem Prinzip der Waffengleichheit folgt zunächst das Recht des Beschuldigten auf Hinzuziehung eines rechtskundigen Verteidigers. Denn als i.d.R. Nichtjurist ist er allein nicht in der Lage, seine Rechte für die Verteidigung auch voll nutzbar zu machen. Diese Schwäche seiner Position muß ausgeglichen werden. Um seine "prozessualen Rechte und Möglichkeiten mit der erforderlichen Sachkunde selbständig" wahrnehmen zu können, aber auch um "seine Unabhängigkeit gegenüber den übrigen Verfahrensbeteiligten zu wahren", kann der Beschuldigte in jeder Lage des Verfahrens zu seiner Unterstützung einen Verteidiger hinzuziehen.³¹⁶⁾ Erst dadurch wird eine Ausgangsbasis geschaffen, bei der die gleichen Verfahrensrechte auch tatsächliche Waffengleichheit bedeuten.³¹⁷⁾ Daraus folgt, daß der Beschuldigte einen Verteidiger seines Vertrauens frei wählen können muß, da nur ein unbeeinträchtigtes Vertrauensverhältnis die Grundlage dafür ist, daß sich der Beschuldigte seinem Verteidiger voll anvertraut und dieser somit dessen Rechte auch wirksam wahrnehmen kann. Ferner ergibt sich daraus die Forderung nach Unabhängigkeit des Verteidigers von den übrigen Verfahrensbeteiligten. Denn wenn es bei dem Prinzip der Waffengleichheit auch um die Wahrung der Unabhängigkeit des Beschuldigten gegenüber Gericht und Staatsanwalt geht, so muß konsequenterweise die gleiche Unabhängigkeit auch seinem Beistand zugestanden werden.

Darüberhinaus ist dem Grundsatz der Waffengleichheit

315) vgl. Sandermann, a.a.O., S. 183

316) BVerfGE 38, 105

317) vgl. Sandermann, a.a.O.; Mittermaier, Das deutsche Strafverfahren, Bd. II, S. 254 ff

und dem Verständnis vom Verteidiger als notwendiger "Katalysator" der Rechte des Beschuldigten zu entnehmen, daß auch eine Differenzierung der Rechte des Verteidigers gegenüber denen des Staatsanwalts ausschließlich aufgrund der sachlogischen Unterschiede ihrer Verfahrensrolle zulässig ist. Im übrigen ist dem Verteidiger eine grundsätzlich gleichwertige Stellung einzuräumen und sind ihm auch annähernd gleiche Rechte zuzubilligen. Und auch für die Begrenzung der Anwendung des Prinzips der Waffengleichheit auf die Stellung des Verteidigers kann nur das gleiche gelten wie hinsichtlich der rechtlichen Stellung des Beschuldigten, nämlich daß eine geordnete Strafrechtspflege durch die Verteidigerrechte nicht generell beeinträchtigt werden darf.

Ergebnis: Das Prinzip der Waffengleichheit liefert wichtige Kriterien für die Bestimmung der rechtlichen Stellung des Verteidigers. Zum einen muß die freie Wahl eines unabhängigen Verteidigers des Vertrauens gewährleistet sein, und zum anderen ist eine Beeinträchtigung der "gleichwertigen" Stellung des Verteidigers gegenüber dem Staatsanwalt nur zulässig, soweit dies durch die unterschiedlichen Verfahrensrollen begründet ist. Eine Beschneidung der Rechte des Verteidigers ist ferner nur möglich und dann aber auch geboten, wenn sonst eine geordnete Rechtspflege generell gefährdet wäre.

7. Charakterisierung der Funktion des Verteidigers im Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip unter Berücksichtigung seiner konkreten Aufgaben und der Grenzen der Verteidigung im Strafprozeß

Die Untersuchung der Rechte des Beschuldigten und einiger Verfahrensmaximen hat ergeben, daß das Rechtsstaatsprin-

zip das Recht des Beschuldigten auf freie Wahl eines unabhängigen Verteidigers seines Vertrauens erfordert, die "freie Advokatur"³¹⁸⁾ mithin verfassungsrechtlich abgesichert ist.

Als Aufgabe des Verteidigers kann es nach dem bisher Gesagten ganz allgemein gesehen werden, dem Beschuldigten bei der Wahrnehmung seiner aus dem Rechtsstaatsprinzip fließenden prozessualen Rechte und seiner Interessen beizustehen. Das Rechtsstaatsprinzip ist somit die Quelle der freien Verteidigung.

Ungerechtfertigt und voreilig aber wäre es, den Verteidiger generell als "Sicherung des Rechtsstaats" zu bezeichnen,³¹⁹⁾ wenn man berücksichtigt, daß sich die Geltung des Rechtsstaatsprinzips im Strafverfahren nicht darin erschöpft, die Freiheitsrechte des Beschuldigten weitestgehend zu bewahren.

a) Die Notwendigkeit effektiver Strafverfolgung als
Forderung des Rechtsstaatsprinzips

Das Rechtsstaatsprinzip beinhaltet vielmehr auch das Postulat der Aufrechterhaltung einer funktionsfähigen und effektiven Strafverfolgung. Das Ziel eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens - Wahrheit und Gerechtigkeit - erfordert sowohl Schutz des Beschuldigten vor unangemessener Behandlung als auch eine wirksame Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs gegenüber dem wirklichen Täter

318) "Freie Advokatur" ist kein eindeutiger Rechtsbegriff, sondern rein programmatisch zu verstehen; hier ist damit die Unabhängigkeit des Anwalts, Anwaltsberuf = freier Beruf und die freie Wahlmöglichkeit des Rechtssuchenden gemeint. Vgl. Müller, Die Freiheit der Advokatur, S. 117 f

319) so aber Schneider, Der Rechtsanwalt, ein unabhängiges Organ der Rechtspflege, S. 60 ff

zum Schutze der Gesellschaft.³²⁰⁾ Dem Verteidiger den Rechtsstaat ganz allgemein als Schutzobjekt zuzuordnen hieße also, daß seine Funktion auch die Pflicht zur Förderung einer effektiven Strafrechtspflege, also auch zur Überführung des schuldigen Angeklagten umfassen müßte. Daß dies nicht so ist, zeigt ein Überblick über die Aufgaben des Verteidigers im Prozeß und die Grenzen der Verteidigung.

b) Die Aufgaben des Verteidigers im Strafprozeß

Die Aufgaben des Verteidigers ergeben sich aus der Lage des Beschuldigten im Verfahren. Seine Unkenntnis in rechtlichen Dingen, seine Unerfahrenheit mit der gerichtlichen Praxis und seine psychologisch bedrängte Situation machen es ihm schwer, sich der Anklagebehörde und dem Gericht gegenüber zu behaupten, selbst sachdienliche Anträge zu stellen, Beweismittel kritisch zu würdigen und Entlastungsmaterial herbeizuschaffen; dies um so mehr in der Untersuchungshaft.³²¹⁾ Zwar sind schon Gericht und Staatsanwaltschaft verpflichtet, auch entlastende Umstände aufzuklären und zu berücksichtigen, doch ist damit allein ein ausreichender Schutz vor Fehlentscheidungen nicht gewährleistet.³²²⁾ Dies zeigt der Fall, in dem ein Angeklagter in falscher rechtlicher Würdigung aus der Furcht heraus, sich noch mehr zu belasten, dem Gericht gegenüber Umstände verschweigt, die

320) vgl. BVerfGE 19, 342, 347; 20, 45, 49; 20, 144, 147; 29, 183, 194; 32, 373, 381; 33, 367, 383; 34, 238, 248; 38, 105, 115 f; 38, 312, 321; Schneider, NJW 1977, 873; Rudolphi, ZRP 76, 172; Dahs, NJW 1975, 1387; Löwe-Rosenberg, Einl., Kap. 6, Rdnr. 2

321) vgl. Henkel, § 33, I; K. Peters, Lehrbuch, § 29 I; Eb. Schmidt, Lehrkommentar, Teil II, 1. Buch, 11. Abschnitt, B, I, 1); Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht, § 19, A, I

322) vgl. Henkel, a.a.O., K. Peters, a.a.O.; Eb. Schmidt, a.a.O.; Kern-Roxin, a.a.O.

ihn in Wahrheit in günstigeres Licht stellten. Deshalb bedarf er des Beistandes einer rechtskundigen Person, der er sich uneingeschränkt anvertrauen kann, ohne befürchten zu müssen, dadurch einen Nachteil zu erleiden.

Diese Person ist der Verteidiger. Seine Aufgabe ist es, streng einseitig ausschließlich die Interessen des Beschuldigten wahrzunehmen. Er hat alles herauszustellen, was für den Beschuldigten günstig ist, er würde pflichtwidrig handeln, brächte er Umstände vor, die seinen Mandanten belasteten.³²³⁾

Der Verteidiger ist keinesfalls ein Gehilfe des Gerichts.³²⁴⁾ Er muß selbst dann auf einen Freispruch hinwirken, wenn er selbst von der Schuld des Angeklagten überzeugt ist (z.B. aufgrund eines nur ihm gegenüber abgegebenen Geständnisses), der Nachweis der Schuld jedoch nicht oder zumindest nicht mit justizförmigen Mitteln geführt werden kann.³²⁵⁾

Diese unbedingte Geltung des Prozeßrechts beruht auf dem Gedanken der Rechtssicherheit, der es notwendig macht, daß der Verteidiger möglicherweise "zwecks Wahrung

323) vgl. Schorn, Der Strafverteidiger, S. 74; Ackermann, NJW 1954, 1385; Eb. Schmidt, a.a.O., 1. Buch, 11. Abschnitt, B, I, 2), b); Löwe-Rosenberg, 11. Abschnitt, 4., b); K. Peters, a.a.O., § 29 I; Henkel, a.a.O., § 33, II, 4) und III, 2); RGSt 70, 390; v. Stackelberg, AnwBl 1959, 196; Dahs, Handbuch, S. 12; ders., AnwBl 1959, 175; Arndt, NJW 1959, 1301; Ostendorf, NJW 1978, 1348; Gallas, ZStw 34, 267; Müller-Sax (KMR), Einl. 3, III, b); BVerfG, NJW 1961, 1771; BGHSt 9, 20; 13, 337; RGSt 17, 315

324) vgl. Eb. Schmidt, a.a.O., 1. Buch, 11. Abschnitt, B, II, 1), a); Henkel, a.a.O., § 33, II, 1), Fn. 3; Ostler, JR 1959, 122; L. Müller, Die Freiheit der Advokatur, S. 133; Müller-Sax (KMR), Einl. 3, III, a)

325) vgl. Eb. Schmidt, a.a.O., 1. Buch, 11. Abschnitt, B, II, 2), b) u. II, 1), a); Löwe-Rosenberg, 11. Abschnitt, 4) b); v. Stackelberg, AnwBl 1959, 197; Müller-Sax (KMR), Einl. 3, III, b); Dahs, NJW 1959, 1160; Schorn, a.a.O., S. 76 f

und Sicherung der Justizförmigkeit der UrteilsGewinnung ein der Wahrheit und materieller Gerechtigkeit entsprechendes Urteil verhindern" ³²⁶⁾ muß. Denn gerade auch die Beachtung der schützenden Formen ist nach rechtsstaatlichem Denken eine unverzichtbare Komponente des durch das Strafverfahren angestrebten gerechten Urteils. Deshalb kann auch die Überwachung der Justizförmigkeit des Verfahrens einseitig zugunsten des Beschuldigten als Aufgabe des Verteidigers bezeichnet werden. ³²⁷⁾

Das Verbot, ihm bekannt gewordene, den Beschuldigten belastende Tatsachen dem Gericht zu offenbaren, findet seinen Ausdruck in der allgemein anerkannten Schweigepflicht des Verteidigers. Diese gewährleistet das notwendige Vertrauensverhältnis zwischen Verteidiger und seinem Mandanten und ist auch durch das insoweit bestehende Zeugnisverweigerungsrecht des Verteidigers gemäß § 53 Abs. 1 Nr. 2 StPO gesetzlich geschützt, während umgekehrt eine Verletzung der Schweigepflicht durch § 203 Abs. 1 Nr. 3 (früher § 300) StGB strafrechtlich sanktioniert wird.

Der Verteidiger trägt also nur insoweit zur Wahrheitsfindung bei, als sich dies zugunsten des Beschuldigten auswirkt; seine Tätigkeit ist - dies sei nochmals betont - streng einseitig allein an den Interessen des Beschuldigten orientiert.

In Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip besteht die Aufgabe des Verteidigers somit darin, die dem Beschuldigten garantierten Rechte zu aktivieren. Demgegenüber obliegt ihm in keiner Weise, auch zur Erfüllung der

326) Eb. Schmidt, a.a.O., 1. Buch, 11. Abschnitt, B, II, 1), a)

327) vgl. Eb. Schmidt, a.a.O., 1. Buch, 11. Abschn., B, I, 2, d); ders., Deutsches Strafprozeßrecht, S. 48 ff; Dahs, AnwBl 1959, 175; ders., NJW 1975, 1388; Müller-Sax (KMR), Einl. 3, IV, b); BGHSt 5, 334; Welp, ZStW 90 (1978), 804, 814

gleichfalls dem Rechtsstaatsprinzip entnommenen Forderung nach Gewährleistung einer effektiven Strafrechtspflege, zur Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs beizutragen. Dies würde seiner Funktion zuwiderlaufen.

Folglich ist es nicht zutreffend, den Verteidiger generell als Garanten der Rechtsstaatlichkeit anzusehen. Vielmehr ist er auch nur insoweit Garant der Rechtsstaatlichkeit im Strafprozeß, als es dem Beschuldigten zugute kommt.

c) Die Grenzen der Verteidigung

Zu berücksichtigen ist ferner, daß der Verteidigung auch bestimmte Grenzen gesetzt sind. Verteidigung um jeden Preis und mit allen erdenklichen Mitteln ist nicht zulässig.

Als Kehrseite der dem Verteidiger eingeräumten Rechte sind bestimmte Pflichten anzusehen, die verhindern sollen, daß die Verteidigerrechte mißbraucht werden. Ibs. die Wahrheitspflicht verbietet ihm, im Prozeß selbst Unwahrheiten zu behaupten oder ihm bekannt gewordene Prozeßverfälschungen aktiv und bewußt zu unterstützen, wenn er auch andererseits nicht dazu beitragen darf, die vom Beschuldigten selbst vorgetragenen unwahren Behauptungen als solche zu entlarven (Schweigepflicht).³²⁸⁾

Anerkannt ist weiterhin, daß der Verteidiger sowohl auf den Angeklagten als auch auf einen Zeugen einwirken darf, um sie zum Gebrauch eines bestehenden Zeugnisverweigerungsrechts zu veranlassen, soweit er sich dabei

328) vgl. Henkel, a.a.O., § 33, III, 1.-3.; K. Peters, a.a.O., § 29, I; Löwe-Rosenberg, 11. Abschnitt, 4., a) a. 5.; Kern-Roxin, a.a.O., § 19 E, I; Dahs, Handbuch, S. 12; ders., NJW 1959, 1160; Ostler, JR 1959, 122; Müller-Sax (KMR), Einl. 3, III, b); Schorn, Der Strafverteidiger, S. 75 u. 83; BGHSt Z, 377; RGSt 66, 326; vgl. auch § 59 der Ständesrichtlinien; Ostendorf, NJW 1978, 1348 f; Welp, a.a.O., S. 818

keiner unlauteren Mittel wie z.B. Einschüchterung oder Bestechung bedient.³²⁹⁾ In gleicher Weise kann der Verteidiger den Verletzten zur Rücknahme eines Strafantrags zu bewegen versuchen. Die Ausübung dieser Rechte im zulässigen Rahmen steht ihm genauso zu wie jeder anderen am Prozeß nicht beteiligten Person.

Darüberhinaus hat der Verteidiger bestimmte Sonderrechte, deren Gewährung durch die Forderung nach effektiver Verteidigung und Waffengleichheit bedingt ist, die jedoch die strikte Einhaltung des gesetzlichen Rahmens verlangen. So verbietet z.B. das Recht auf ungehinderten Verkehr mit dem inhaftierten Beschuldigten (§ 148 Abs. 1 StPO), daß der Verteidiger diese Kontaktmöglichkeit dazu benutzt, z.B. durch Kassiberbeförderung zur Verdunkelung beizutragen; ansonsten würden die aus gutem Grund erfolgten Beschränkungen des inhaftierten Beschuldigten in seiner Selbstverteidigung durch den Verteidiger wieder aufgehoben.³³⁰⁾ Ferner darf er vertrauliche Informationen (wie z.B. die bevorstehende Verhaftung), die er aufgrund seines Rechts auf Akteneinsicht oder auch mündlich erhalten hat, nicht an den Beschuldigten weitergeben.³³¹⁾ Auch das Verschwindenlassen eines Beweismittels oder die Unterstützung der Flucht des Beschuldigten ist dem Verteidiger durch § 258 StGB (Strafvereitelung) untersagt.³³²⁾ Derartige Handlungen sind durch die eingangs beschriebene, auf der besonderen Lage des Beschuldigten beruhenden Funktion des Verteidigers nicht mehr gedeckt. Nur insoweit sich der Verteidiger innerhalb der Grenzen der ihm durch

329) vgl. BGHSt 10, 393 ff; Kern-Roxin, a.a.O., § 19, E, II; Ostendorf, NJW 1978, 1348 f

330) vgl. Ostendorf, NJW 1978, 1349

331) vgl. Ostendorf, a.a.O.; vgl. auch § 56 der Standesrichtlinien

332) so auch Ostendorf, a.a.O.; Kern-Roxin, a.a.O., § 19, E, II

die StPO eingeräumten Rechte bewegt, ist sein Handeln in Hinblick auf § 258 StGB gerechtfertigt bzw. nicht tatbestandsmäßig.³³³⁾ Auch den übrigen Strafbestimmungen ist der Verteidiger wie jeder andere unterworfen.

Nicht nur Gericht und Staatsanwaltschaft, auch der Verteidiger hat sich also allein justizförmiger Mittel zu bedienen.³³⁴⁾ Denn die Zielsetzung des rechtsstaatlichen Strafverfahrens - Wahrheit und Gerechtigkeit - erfordert es, die Verfolgung dieses Ziels nicht durch Handlungen behindern zu lassen, die nicht gesetzlich erlaubt bzw. als Wahrnehmung der dem Beschuldigten rechtsstaatlich garantierten Freiheitsrechte zu verstehen sind, sondern Eingriffe in andere Rechtsgüter darstellen.

Das Rechtsstaatsprinzip in seiner Ausprägung der Notwendigkeit einer wirksamen und geordneten Strafrechtspflege setzt also den Verteidigungsmöglichkeiten Grenzen. Das läßt aber nicht die verallgemeinernde Schlußfolgerung zu, der Rechtsstaat verselbständige die Durchführung der Beistandsleistung und unterwerfe den Verteidiger seinen Zielen.³³⁵⁾ Denn bei der Bestimmung des Zusammenhangs zwischen Verteidigerfunktion und dem Rechtsstaatsprinzip muß von dessen unterschiedlichen Ausformungen ausgegangen werden. Wenn das Rechtsstaatsprinzip in seiner Konkretisierung als Notwendigkeit effektiver Strafverfolgung der Verteidigung Grenzen setzt, so bedeutet das nicht, daß diese Ausprägung nun auch Inhalt und Bezugspunkt der Verteidigung wäre. Denn, wie schon gesagt, eine wie auch immer geartete Pflicht, zur Durchsetzung des staatlichen

333) zu der umstrittenen Frage, ob die Tätigkeit des Verteidigers in Hinblick auf § 258 StGB gerechtfertigt ist oder bereits den Tatbestand nicht erfüllt, vgl. Ostendorf, a.a.O., m.w.N.

334) vgl. Eb. Schmidt, a.a.O., 1. Buch, 11. Abschn., B, II, 3), a)

335) so aber Schneider, Der Rechtsanwalt, ein unabhängiges Organ der Rechtspflege, S. 61 und 62

Strafanspruchs beizutragen, hat der Verteidiger unstreitig nicht. Seine Funktion bleibt trotz der bestehenden Pflichtenbindung auf die einseitige Vertretung der Interessen des Beschuldigten beschränkt. Der Verteidiger ist nur insoweit Garant der Rechtsstaatlichkeit, wie dies seinem Mandanten zugute kommt.

Im Strafprozeß treffen zwei gleichermaßen rechtsstaatlich geschützte Interessen aufeinander. Diesem Interessensgegensatz wird dadurch Rechnung getragen, daß sowohl die Möglichkeit des Gerichts zur Überführung des Beschuldigten als auch die Möglichkeiten des Beschuldigten und seines Verteidigers zur Abwendung einer Bestrafung begrenzt sind. Der Verteidiger hat also das Interesse des Staates an der Durchsetzung seines Strafanspruchs in bestimmter Weise zwar zu respektieren, nicht aber selbst aktiv zu unterstützen. Der Verteidiger garantiert eben nur ein ganz bestimmtes Stück Rechtsstaatlichkeit im Strafprozeß.

d) "Eigene" Rechte des Verteidigers

Auch die Tatsache, daß der Verteidiger im Prozeß eigene und zum Teil weitergehende Rechte (gegenüber denen des Beschuldigten) hat (z.B. § 147 StPO - Akteneinsicht - und § 239 StPO - Kreuzverhör), kann nicht als Indiz dafür gewertet werden, daß die Funktion des Verteidigers in Hinblick auf das Rechtsstaatsprinzip keine einseitige ist. Denn zwar hat der Verteidiger eine Rechtsstellung eigener Art; daß ihm aber seine Rechte etwa aufgrund seiner angeblichen Stellung als "Organ der Rechtspflege" zustünden, kann nicht überzeugen. Denn zum einen besitzt der Begriff "Organ der Rechtspflege" keinerlei rechtliche Aussagekraft (s.o. S. 46), und zum anderen haben auch die weitergehenden Rechte des Verteidigers ihren Ursprung und ihre Rechtfertigung in der Subjektstellung des Beschuldigten im Prozeß. Letztlich geht es um Rechte

des Beschuldigten, die lediglich aus praktischen Erwägungen der Ordnung und Sicherheit einer anderen Person, dem Verteidiger, zur Ausübung übertragen werden, bei dem ein Mißbrauch dieser Rechte in aller Regel nicht befürchtet zu werden braucht.³³⁶⁾

e) Zur sog. "Doppelstellung" des Verteidigers im Prozeß

Im Schrifttum findet sich die Auffassung, der Verteidiger nehme eine "Doppelstellung" ein,³³⁷⁾ habe eine "Doppel-funktion"³³⁸⁾ oder nehme eine "doppelte Aufgabe" wahr.³³⁹⁾ Dies wird damit begründet, daß der Rechtsanwalt-Verteidiger einerseits Vertreter der Parteiinteressen sei, zum anderen aber auch "Organ der Rechtspflege".³⁴⁰⁾ Oder man erläutert die "Doppelfunktion" damit, daß er sowohl seinem Klienten Beistand zu leisten habe als auch der Wahrheit zu dienen.³⁴¹⁾ Dem kann jedoch angesichts obiger Charakterisierung der verfassungsrechtlichen Funktion des Verteidigers nicht gefolgt werden.

Daß der Begriff "Organ der Rechtspflege" die Funktion und Stellung des Verteidigers nicht zu bestimmen vermag, wurde bereits erläutert (s.o. S. 46).

336) vgl. z.B. Dünnebier, in Löwe-Rosenberg, § 147, Anm. 1, der zum Recht des Verteidigers auf Akteneinsicht feststellt: "Es wäre falsch, hieraus den Schluß zu ziehen, daß das Recht auf Akteneinsicht dem Verteidiger zustehe. Nach seinem Zweck steht es vielmehr quoad ius dem Beschuldigten, quoad exercitium dem Verteidiger zu". So auch OLG Zweibrücken, JuS 1978, 137; Welp, ZStW 90 (1978), 804, 813; demgegenüber kann die These Schneiders, a.a.O., S. 61, Fn. 106, daraus, daß der Rechtsstaat die Beistandsleistung verselbständige, erkläre sich auch, daß der Verteidiger mehr Rechte als der Beschuldigte haben kann, nicht überzeugen.

337) Ullers, Der Strafverteidiger, S. 12; K.Peters, a.a.O., § 29, I

338) Schorn, Der Strafverteidiger, S. 75

339) Löwe-Rosenberg, 11. Abschn., 1. Buch, 5. (vor § 137)

340) vgl. Ullers, a.a.O., und K. Peters, a.a.O.

341) vgl. Schorn, a.a.O.

Im übrigen laufen die Begründungen zur "Doppelstellung" darauf hinaus, daß dem Verteidiger zwar die umfassende Vertretung der Interessen des Beschuldigten obliegt, er aber dabei bestimmten Pflichten unterworfen ist. Als wichtigste wird dabei die Pflicht zur Wahrheit genannt, z.T. in der Formulierung, der Verteidiger habe der "Wahrheit zu dienen". Aber bereits dies ist ungenau und irreführend. Denn, wie oben erläutert, hat der Verteidiger keinesfalls die Pflicht, an der Aufklärung der Wahrheit mitzuwirken; er hat zur Wahrheitsfindung nur insoweit beizutragen, wie es seinem Klienten nutzt. Dabei reduziert sich seine angebliche Wahrheitspflicht aber auf das Verbot der Lüge und die Forderung, Unwahrheiten nicht bewußt zu unterstützen; das ist allgemein anerkannt.³⁴²⁾

Das Verbot der Lüge und die anderen Pflichten des Verteidigers konkretisieren aber lediglich die durch das Rechtsstaatsprinzip gesetzten Grenzen der Verteidigung. Bei der Ausübung seiner Beistandsfunktion hat der Verteidiger darauf zu achten, daß er diese Grenzen nicht überschreitet; er tut dies, indem er die ihm auferlegten Pflichten erfüllt. Dadurch gewinnt seine Tätigkeit aber keine neue, womöglich der Beistandsfunktion entgegengesetzte Funktion. Der Umstand, daß das Rechtsstaatsprinzip den Verteidiger einer Pflichtenbindung unterwirft, begrenzt seine Beistandsfunktion auf das rechtsstaatlich Mögliche und Erlaubte; eine andere Funktion und Stellung als die eines Beistandes erhält der Verteidiger dadurch aber nicht.³⁴³⁾

Eine "Doppelfunktion" oder "Doppelstellung" hat der

342) vgl. die in Fußnote 327 gegebenen Rechtsprechungs- und Literaturhinweise

343) vgl. dazu auch Welp, ZStW 90 (1978), 804, 818 f:
"... sie (die Wahrheitspflicht) bindet den Verteidiger lediglich negativ an die Verfahrenszwecke, insofern sie deren aktive Vereitelung untersagt, ohne den durch die Schweigepflicht gebundenen Verteidiger hiermit zum Organ der Tataufklärung zu machen."

Verteidiger nicht. Sie wäre mit seiner Aufgabenstellung - Sicherung der Rechtsstaatlichkeit nur im Interesse seines Mandanten - nicht vereinbar.

f) Zusammenfassung

Aufgabe des Verteidigers ist allein die Wahrnehmung der Parteiinteressen; indem er dies tut, sichert und verwirklicht er ein Stück Rechtsstaatlichkeit.³⁴⁴⁾ Das folgt aus einer differenzierenden Betrachtung des Verhältnisses zwischen Verteidigeraufgaben und Rechtsstaatsprinzip. Eine "Doppelfunktion" hat der Verteidiger nicht. Seine Funktion ist vielmehr streng einseitig allein an den Interessen des Beschuldigten ausgerichtet.³⁴⁵⁾

344) vgl. Welp, ZStW 90 (1978), 101, 118

345) Dies gilt uneingeschränkt auch für den Pflichtverteidiger - selbst dann, wenn es sich um einen "aufgedrängten" Pflichtverteidiger handelt, der Beschuldigte also entweder gar nicht verteidigt werden will oder neben einem Wahlverteidiger ein weiterer Pflichtverteidiger bestellt wird.

Auch ein Pflichtverteidiger hat einzig und allein die Interessen des Beschuldigten zu vertreten; vom Wahlverteidiger unterscheidet er sich nicht in seiner Funktion, sondern im wesentlichen nur durch die Art der Begründung seiner Verteidigerstellung und durch die Tatsache, daß seine Bestellung zusätzlich der Verfahrenssicherung dient. Ist er aber einmal bestellt, so hat der Pflichtverteidiger in gleicher Weise tätig zu sein wie der Wahlverteidiger.

Schwierigkeiten ergeben sich jedoch daraus, daß ein "aufgedrängter" Pflichtverteidiger nicht das Vertrauen des Beschuldigten genießt, die Art und Weise der Verteidigungsführung nicht mit ihm abstimmen kann und somit die Vertretung der Beschuldigteninteressen allein nach seiner eigenen - des Pflichtverteidigers - Einsicht vornehmen muß. Das kann dazu führen, daß sich Widersprüche zwischen der Verteidigungsstrategie des Pflichtverteidigers und der des Beschuldigten selbst bzw. seines Wahlverteidigers ergeben, die sich für den Beschuldigten nachteilig auswirken können, so daß sich die Frage stellt, ob in diesem Fall tatsächlich noch von einer Interessenvertretung seitens des "aufgedrängten" Verteidigers

8. Zur Lösung von Konflikten zwischen gleichrangig rechtlich geschützten Interessen

Die bisherigen Ausführungen haben ergeben, daß bei der gesetzlichen Ausgestaltung der Verteidigertätigkeit und seiner Stellung im Strafprozeß zwei gleichrangige rechtsstaatliche Postulate aufeinander treffen. Das Recht des Beschuldigten auf umfassende Verteidigung und die Forderung einer effektiven Strafrechtspflege begrenzen sich in ihrem Anspruch auf Beachtung gegenseitig. Die hinter diesen beiden Postulaten stehenden Interessen - das von einer umfassenden Verteidigung abhängende Freiheitsinteresse des Beschuldigten und das von einer effektiven Strafrechtspflege abhängende Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit - befinden sich oftmals im Widerstreit, so daß die allgemeine Frage entsteht, wann und inwieweit das eine hinter dem anderen zurückzutreten hat.

In diesem Zusammenhang ist zunächst anzumerken, daß das Recht des Beschuldigten auf umfassende Verteidigung

gesprochen werden kann.

Diese Problematik ist aber nicht dadurch zu lösen, daß man die grundsätzliche Funktion der Verteidigung beim "aufgedrängten" Pflichtverteidiger zu modifizieren versucht. Vielmehr wird damit die Frage aufgeworfen, ob die Ursache dieser Schwierigkeiten, nämlich das System der notwendigen Verteidigung auch gegen den Willen des Beschuldigten, also ein Zwang zur Verteidigung, überhaupt ein taugliches Mittel ist, eine optimale Verteidigung des Beschuldigten und damit die Rechtsstaatlichkeit des Verfahrens zu gewährleisten.

Dem kann hier jedoch nicht weiter nachgegangen werden, da die dazu erforderlichen umfangreichen Überlegungen den Rahmen dieser Arbeit sprengen würden. Es sei deshalb nur hingewiesen auf Welp, ZStW 90 (1978), 804, 822 ff und vor allem derselbe, ZStW 90 (1978), 101 ff m.w.N., der die Problematik m.E. zutreffend sieht und zu dem Ergebnis kommt, daß das System der notwendigen Verteidigung grundsätzlich abzuschaffen sei.

auch dann Beschränkungen zugänglich ist, wenn man es mit der im Schrifttum verbreiteten Auffassung (entgegen der Meinung des Bundesverfassungsgerichts) im Grundrecht des Art. 103 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich verankert sieht (s.o. S. 74 ff.). Denn zwar weist dieses Grundrecht keinen Gesetzesvorbehalt auf, doch enthält es als immanente Schranke die Sicherheit als die Bedingung für die Freiheit aller. Die dem Art. 103 Abs. 1 GG zu entnehmenden Prozeßrechte des Beschuldigten gehen von vorneherein nicht so weit, daß sie die von einer effektiven Strafverfolgung abhängende Sicherheit aller gefährden können.³⁴⁶⁾ Da sowohl das Recht des Beschuldigten auf umfassende Verteidigung als auch die Notwendigkeit effektiver Strafverfolgung letztlich Ausprägungen des Rechtsstaatsprinzips darstellen,³⁴⁷⁾ vermag bei einer Kollision dieser beiden Konkretisierungen der bloße Hinweis auf Gebote der Rechtsstaatlichkeit oder auf übergreifende Gründe des Gemeinwohls den Vorrang weder des einen noch des anderen zu begründen. Vielmehr ist für Konfliktsituationen, in denen ein eindeutiger Vorrang des einen oder anderen Interesses nicht feststellbar ist, die Lösung anhand anderer Grundsätze zu finden.

Dabei ist zunächst auszugehen vom Primat der Freiheit des einzelnen als in Art. 1 Abs. 3 GG manifestierte Verfassungsentscheidung³⁴⁸⁾ und von der rechtsstaatlichen Ausgangsvermutung zugunsten des Menschen,³⁴⁹⁾ für seine

³⁴⁶⁾ h.M.; vgl. nur Maunz-Dürig-Herzog, Art. 103, Rdnr. 44; Dahn, Rechtliches Gehör, S. 64 - 66 m.w.N.; Sander mann, a.a.O., S. 151; BVerfGE 9, 89 ff

³⁴⁷⁾ und zwar unabhängig davon, welcher konkreten Verfassungsnorm man das Recht des Beschuldigten auf Verteidigung entnimmt; s.o. 2. Teil, II., S. 73 ff

³⁴⁸⁾ vgl. G. Kohlmann, Der Begriff des Staatsgeheimnisses und das verfassungsrechtliche Gebot der Bestimmtheit von Strafvorschriften, S. 251

³⁴⁹⁾ vgl. P. Schneider, Festschrift zum 100jährigen Bestehen des DJT's, Bd. II, S. 263 ff; ders., VVDStRL 20 (1963), 1 ff, 31; G. Dürig, AöR 81 (1956), 117 ff, 123

Selbstbestimmung und gegen eine Fremdbestimmung³⁵⁰⁾ - von Klug³⁵¹⁾ kurz als Freiheitsmaxime bezeichnet. Die Vermutung spricht dafür, daß der einzelne sich in der Regel in Übereinstimmung mit dem Gemeinwohl verhält.³⁵²⁾ Berücksichtigt man, daß der Rechtsstaat die größtmögliche Freiheit aller garantieren will, so gilt es diese Tatsachenvermutung zu widerlegen, wenn ein Eingriff in die Freiheitssphäre gerechtfertigt sein soll mit der Folge, daß Einschränkungen nur als Notlösungen, als ultima ratio zulässig sind.³⁵³⁾ Denn die Sicherheit, die mit der Freiheitsbeschränkung bezweckt wird, ist letztlich nur Mittel zur Freiheit - und nicht umgekehrt. Nur wenn die Bewahrung der Freiheitssphäre aller die Beschränkung der Freiheit eines einzelnen unumgänglich macht, ist ein solcher Eingriff erlaubt und geboten.³⁵⁴⁾

Somit kommt der Ausgangsvermutung konformen Verhaltens die Bedeutung einer Entscheidungsregel im Falle des "non liquet" in dem Sinne zu, daß im Zweifel für die Freiheit zu entscheiden ist.³⁵⁵⁾ Die Maxime "in dubio pro libertate" kann als oberster Auslegungsgrundsatz einer freiheitlich rechtsstaatlichen Ordnung gelten.³⁵⁶⁾

Damit ist ein erster, grundlegender Maßstab gefunden, an dem sich die Lösungen der eingangs beschriebenen Konfliktsituationen zu orientieren haben. Beschränkungen des Anspruchs des Beschuldigten auf umfassende Verteidigung sind somit nur dann erlaubt, wenn ihre Notwendig-

350) vgl. H.-H. Kühne, Strafprozessuale Beweisverbote und Art. 11 GG, S. 177 f

351) U. Klug, Festgabe für E. v. Hippel, S. 155

352) vgl. P. Schneider, Festschrift, S. 290

353) vgl. U. Klug, a.a.O.

354) vgl. Sandermann, a.a.O., S. 149 f; P. Schneider, a.a.O.; Maihofer, Rechtsstaat und menschliche Würde, S. 119 ff

355) so auch P. Schneider, a.a.O., S. 290

356) so bereits G. Über, Freiheit des Berufs, S. 27 f; vgl. auch Maihofer, a.a.O., S. 126

keit zwecks Gewährleistung der Sicherheit der Allgemeinheit außer Zweifel steht.

Darüberhinaus sind alle Eingriffe in Freiheitspositionen des Beschuldigten und damit auch in die Verteidigungsmöglichkeiten am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen. Diese übergreifende Leitregel allen staatlichen Handelns ergibt sich gleichfalls aus dem Rechtsstaatsprinzip und hat somit Verfassungsrang;³⁵⁷⁾ ihre Geltung auch für den Gesetzgeber ist unbestritten.³⁵⁸⁾ So hatte auch das Bundesverfassungsgericht bis zu seiner Entscheidung vom 14.2.1973³⁵⁹⁾ alle Verteidigerausschlußentscheidungen wegen Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit aufgehoben.³⁶⁰⁾

Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verlangt, daß Eingriffe in Rechte einzelner zum Schutze öffentlicher Interessen zur Erreichung dieses Ziels geeignet und erforderlich sind und das Maß der den einzelnen treffenden Belastung in einem vernünftigen Verhältnis zu den der Allgemeinheit daraus erwachsenden Vorteilen steht.³⁶¹⁾ (Im einzelnen wird auf den Inhalt des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit noch bei der folgenden konkreten Überprüfung einiger gesetzlicher Bestimmungen näher einzugehen sein.)

Somit bietet der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz neben dem Prinzip "in dubio pro libertate" einen weiteren Maßstab, der bei der Lösung eines Konflikts zwischen dem Freiheitsinteresse des einzelnen und dem Sicherheitsinteresse der Allgemeinheit zu beachten ist.

357) vgl. BVerfGE 6, 439; 16, 201 ff; 17, 117 f; 17, 313 f; 19, 348 f; 20, 49 f; 23, 133; 34, 267; 35, 400; 36, 264; 38, 368

358) vgl. nur BVerfGE 34, 266; Maunz-Dürig-Herzog, Art. 20, Rdnr. 115; Groß, NJW 1975, 427

359) BVerfGE 34, 293 ff

360) vgl. BVerfGE 15, 226, 234; 16, 214, 220; 22, 114, 123

361) vgl. BVerfGE 38, 302 m.H.a. E 30, 316, 35, 401

Jedoch ist nicht zu verkennen, daß auch diese Prinzipien lediglich abstrakte Merkmale enthalten, deren Anwendung im Einzelfall Schwierigkeiten bereiten kann und Raum für wertende Betrachtungsweisen bietet. Ausschlaggebender Faktor aber sollte immer das Grundanliegen des Rechtsstaats sein, die Freiheitssphäre des einzelnen vor Übergriffen der staatlichen Gewalt zu schützen.³⁶²⁾ Diesen Gesichtspunkt stellt auch Dahs³⁶³⁾ mit den treffenden Worten heraus:

"Wenn zwei Elemente des Rechtsstaatsprinzips miteinander in Kollision geraten, muß vom verfassungsrechtlichen Gewicht des bedrohten Individualrechts ausgegangen und mit größter Zurückhaltung der Versuch unternommen werden, eine Grenzlinie zu finden, die das Individualrecht weitestmöglich wahrt und seine Einschränkung in dem unbedingt notwendigen, engsten Rahmen hält. Dabei ist zu bedenken, daß der Rechtsstaat zwangsläufig nicht nur Vorteile und Rechte, sondern auch Mißhelligkeiten und sogar die Gefahr des Rechtsmißbrauchs mit sich bringt. Das müssen die Bürger eines Rechtsstaats als Schattenseite ihrer Staatsform eben hinnehmen, im anderen Falle handelt es sich eben nicht um einen Rechtsstaat. So ist auch z.B. die Verbrechensbekämpfung weniger erfolgreich als in totalitären Staaten; dieses Stück Ineffektivität akzeptieren wir aber um des höheren Prinzips willen".

Im folgenden soll untersucht werden, inwieweit einige neuere Gesetzesmaßnahmen diesen Grundsätzen und der verfassungsrechtlichen Stellung und Funktion des Verteidigers gerecht werden.

362) vgl. BVerfGE 21, 362 ff

363) in NJW 1975, 1387

3. Teil: ZUR VERFASSUNGSMÄSSIGKEIT EINIGER DER STELLUNG
DES VERTEIDIGERS BEZÜGLICH DER GESETZLICHER
REGELUNGEN

Mit dem Gesetz zur Ergänzung des ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts vom 20.12.1974 (Ergänzungsgesetz zum 1. StVRG), das am 1.1.1975 in Kraft trat,³⁶⁴⁾ begann eine Reihe, in erster Linie durch die Terrorismuskriminalität ausgelöster gesetzgeberischer Maßnahmen, die auch die Stellung des Verteidigers im Strafprozeß nicht unberührt ließen.

Dem Ergänzungsgesetz zum 1. StVRG folgten das sog. "Anti-Terrorismugesetz" vom 18.8.1976,³⁶⁵⁾ das sog. "Kontaktsperregesetz" vom 30.9.1977³⁶⁶⁾ und schließlich das StPO-Änderungsgesetz vom 14.4.1978.³⁶⁷⁾

Insoweit, als durch diese z.T. mit großer Eile verabschiedeten Gesetze³⁶⁸⁾ die verfassungsrechtliche Stellung des Verteidigers betroffen ist, sollen sie im folgenden auf ihre Vereinbarkeit mit verfassungsrechtlichen Grundsätzen und der rechtsstaatlichen Funktion des Verteidigers überprüft werden. Ergänzend und des sachlichen Zusammenhangs mit der Regelung des § 148 Abs. 2 StPO (Überwachung des Schriftverkehrs zwischen inhaftierten Beschuldigten und Verteidiger) wegen wird auf die verfassungsrechtliche Zulässigkeit der vielfach erwogenen, jedoch nicht Gesetz gewordenen Möglichkeit der Überwachung auch dem mündlichen Verkehrs zwischen inhaftiertem Beschuldigten und seinem Verteidiger einzugehen sowie im Rahmen eines Exkurses die Tauglichkeit des § 34 StGB als öffentlich-rechtliche Eingriffsnorm zu erörtern sein.

364) BGBI I, 3686

365) BGBI I, 2181

366) BGBI I, 1877

367) BGBI I, 497

368) Einen umfassenden Überblick über die einzelnen Gesetzgebungsverfahren gibt H.J.Vogel, NJW 1978, 1217 ff

I. § 148 Abs. 2 StPO - Überwachung des schriftlichen Verkehrs zwischen Verteidiger und inhaftiertem Beschuldigten, Einführung von Trennscheiben beim mündlichen Verteidigergespräch; ferner: Zur Verfassungsmäßigkeit der (nicht normierten) Möglichkeit der Überwachung auch des mündlichen Verkehrs

Seit dem StPAG vom 19.12.1964³⁶⁹⁾ war dem Verteidiger der schriftliche und mündliche Verkehr mit dem inhaftierten Beschuldigten ungehindert gestattet. Damals wertete man die Abschaffung jeglicher Überwachungsmöglichkeit als Durchbruch zu einem nunmehr wirklich rechtsstaatlichen Strafprozeß.³⁷⁰⁾

Mit der Neufassung des § 148 StPO und Einführung des § 148 a StPO durch das Gesetz vom 18.8.1976³⁷¹⁾ wurde für Strafverfahren, in denen der Vorwurf des § 129 a StGB erhoben wird, die Überwachung der Korrespondenz zwischen Verteidiger und inhaftierten Beschuldigten wieder eingeführt.³⁷²⁾ Die Überwachung ist in diesen Fällen nach Lage des Gesetzes unabhängig davon anzuordnen, ob Beschuldigte oder Verteidiger konkret verdächtig sind, den Schriftverkehr zur Konspiration zu mißbrauchen. Nach Auffassung des Gesetzgebers ist die Überwachung "ein geeignetes Mittel", um "den spezifischen Gefahren zu begegnen, die sich aus Kontakten inhaftierter krimineller Vereinigungen nach § 129 a StGB ... mit ihren Komplizen in der Freiheit ergeben".³⁷³⁾

Durch das StPO-Änderungsgesetz vom 14.4.1978³⁷⁴⁾ wurde

369) BGBl I, 1067

370) vgl. Dahs, NJW 1965, 84

371) BGBl I, 2181

372) Rieß, ZRP 1977, 70 weist darauf hin, daß jedoch nicht alle Ergebnisse der Reform von 1964 seit der Tendenzwende von 1974 rückgängig gemacht wurden.

373) BT-Dr 7/4005, S. 12

374) BGBl I, 497

in Satz 3 des § 148 Abs. 2 StPO zusätzlich die Verpflichtung normiert, beim mündlichen Verteidigergespräch in Verfahren nach § 129 a StGB Trennscheiben vorzusehen. Zwar wird in § 148 Abs. 2 Satz 3 StPO die Errichtung von Trennscheiben nicht ausdrücklich erwähnt, doch ist mit der Formulierung "... so sind für das Gespräch zwischen dem Beschuldigten und dem Verteidiger Vorrichtungen vorzusehen, die die Übergabe von Schriftstücken und anderen Gegenständen ausschließen" letztendlich nichts anderes gemeint. Die Errichtung von Trennscheiben wurde vom Gesetzgeber für notwendig befunden, da die Vorschrift der Überwachung des Schriftverkehrs von den Betroffenen dadurch unterlaufen worden sei, daß Verteidiger das unkontrollierte Gespräch mit dem Beschuldigten zum Austausch von Gegenständen benutzt hätten.³⁷⁵⁾

Darüberhinaus wurde erwogen, in bestimmten Fällen auch eine Gesprächsüberwachung zwischen inhaftiertem Beschuldigten und seinem Verteidiger einzuführen.³⁷⁶⁾ Wenn auch eine solche Regelung nicht Gesetz wurde, so besteht doch angesichts dessen, daß bei den Beratungen zum StPO-Anderungsgesetz vom 14.4.1978 entsprechende Entwürfe der CDU/CSU-Fraktion³⁷⁷⁾ und des Bundesrates³⁷⁸⁾ jeweils nur mit knapper Mehrheit abgelehnt wurden,³⁷⁹⁾ genug Anlaß, auch sie einer verfassungsrechtlichen Überprüfung zu unterziehen.

375) vgl. Bericht des Rechtsausschusses vom 10.1.1978, BT-Dr 8/1482, S. 13

376) wie es z.B. auch zunächst noch der Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 30.8.1975 - BT-Dr 7/4005 - vorsah.

377) BT-Dr 8/322

378) BR-Prot 1978, S. 42- 64 und BT-Dr 8/1283

379) Näheres dazu bei H.J. Vogel, NJW 1978, 1221; vgl. auch Bericht des Rechtsausschusses, BT-Dr 8/1482, S. 15 ff

1. § 148 Abs. 2 Satz 1 StPO - Überwachung des Schriftverkehrs

Durch die Überwachung des Schriftverkehrs ist das Recht des davon betroffenen inhaftierten Beschuldigten auf Verteidigung tangiert. Der Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG), aus dem dieses Recht abzuleiten ist,³⁸⁰⁾ sowie das Prinzip der Waffengleichheit³⁸¹⁾ - letztlich ebenso wie Art. 103 Abs. 1 GG als Konkretisierung des Rechtsstaatsprinzips aufzufassen - beinhalten das Recht des Beschuldigten nicht nur überhaupt auf einen Verteidiger, sondern auch darauf, daß eine effektive und vertrauensvolle Verteidigung tatsächlich möglich ist. Die Überwachungsregelung bricht in das notwendige Vertrauensverhältnis ein. Zwar wird eine effektive Verteidigung dadurch nicht völlig unmöglich gemacht, da ja das Gespräch unüberwacht bleibt, jedoch ibs. bei erheblicher räumlicher Entfernung des Verteidigers vom Haftort beträchtlich erschwert.

Eine Beeinträchtigung des Grundrechts des Beschuldigten auf wirksame Verteidigung liegt somit vor.

Wie bereits erwähnt, ist erklärtes Ziel dieser Maßnahme, den spezifischen Gefahren zu begegnen, die sich durch Kontakte von Terroristen mit ihren Komplizen in der Freiheit ergeben, also weitere Straftaten aus der Haft heraus zu verhindern. Dafür ist aber die Überwachung nur des Schriftverkehrs völlig ungeeignet: Die Verteidiger, die wissentlich konspirieren, werden dafür nun das unüberwachte Gespräch benutzen und den damit verbundenen Aufwand mit Sicherheit nicht scheuen.³⁸²⁾ Und der Fall, daß der Beschuldigte den Schriftverkehr mit seinem arglosen Verteidiger zu konspirativen Zwecken benutzt, der

380) siehe oben 2. Teil, II., 5.

381) siehe oben 2. Teil, II., 6., c)

382) vgl. Welp, GA 1977, 129, 135 und 139; so auch Hillermeier, BR, 437. Sitzung vom 16.7.1976, Prot. S. 327

Verteidiger also ohne sein Wissen mißbraucht wird, während aber der überwachende Richter dies zu erkennen vermögen soll, ist kaum denkbar. Das hieße, dem mit dem Sachverhalt intensiv vertrauten Verteidiger ein immenses Ausmaß an Dummheit zu unterstellen. Im übrigen wird auch in so einem Fall der Beschuldigte vorsichtshalber auf das nicht überwachte Gespräch zurückgreifen.

Die Überwachung des schriftlichen Verkehrs ist bei Freigabe des mündlichen für die Verhinderung weiterer Straftaten aus der Haft heraus wertlos.³⁸³⁾

Andererseits hat die Maßnahme zur Folge, daß jeder noch so seriöse Anwalt in seiner Verteidigung behindert ist. Denn trotz des Hinweises darauf, daß der überwachende Richter zur Verschwiegenheit verpflichtet ist, wird der Beschuldigte aus Angst davor, Anlaß zu neuem oder verstärktem Verdacht zu geben, kaum noch dazu bereit sein, auf dem Schriftwege detaillierte Stellungnahmen abzugeben. Dies stellt gerade bei schwierigen und umfangreichen Verfahren (wie für § 129 a StGB typisch) eine erhebliche Beeinträchtigung der Verteidigung dar,³⁸⁴⁾ die, weil für den angestrebten Erfolg ungeeignet, völlig unnötig ist.

Da jede grundrechtsbeschränkende Maßnahme dazu geeignet sein muß, die mit ihr verbundenen, auf vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls beruhenden Absichten auch zu realisieren³⁸⁵⁾ und dies bei § 148 Abs. 2 StPO nicht zu-

383) vgl. F. Vogel, ZRP 70, 217; Brangsch, AnwBl 76, 218; Grünwald DuR 76, 308

384) vgl. Welp, a.a.O., S. 140; ders., ZStW 90 (1978), 804, 811; Dahn, NJW 1976, 2145, 2150

385) Nach Welp - GA 1977, 129, 140-142 - ist § 148 Abs. 2 StPO zwar geeignet, die Aufrechterhaltung eines verteidigungswidrigen sog. "Info-Systems" zu verhindern, doch bestünde keine Befugnis des überwachenden Richters zur Zurückweisung inkriminierender Unterlagen, so daß die Regelung dennoch "weitgehend sinnlos" und eine "bloße Schikane" sei. Ferner weist Welp, a.a.O., auf die unklare Rechtslage hinsichtlich der

trifft, verstößt die Regelung gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. § 148 Abs. 2 StPO beinhaltet als ungeeignete Maßnahme einen verfassungswidrigen Eingriff in das Grundrecht des Beschuldigten auf wirksame Verteidigung.³⁸⁶⁾

2. Überwachung auch des mündlichen Verkehrs

Als zur Erreichung des gesetzgeberischen Zwecks - Verhinderung weiterer Straftaten aus der Haft heraus - geeignete Maßnahme kommt die völlige Überwachung des Verkehrs, also auch der Gespräche zwischen Verteidiger und inhaftiertem Beschuldigten in Betracht.

a) Das Recht des Beschuldigten aus Art. 103 Abs. 1 GG

Wie schon erwähnt, beinhaltet das Recht des Beschuldigten auf wirksame Verteidigung, daß ein Vertrauensverhältnis und ungestörte Beratung zwischen ihm und seinem Verteidiger möglich sein muß. Durch die völlige Überwachung der Kommunikation wird jedoch ein solches Vertrauensverhältnis und damit die vom Rechtsstaat erwünschte sachlich optimale Verteidigung weitgehend verhindert. Man muß sich vergegenwärtigen, daß der durch Aufregung und/oder Resignation oft psychisch stark belastete Beschuldigte durch kaum zu überwindende psychologische Hemmungen daran gehindert sein wird, in Gegenwart eines überwachenden Richters ein rückhaltloses und offenes Gespräch zu führen, um

Pflicht des überwachenden Richters zur Anzeige einer bevorstehenden Straftat hin; im Ergebnis sei die Überwachung deshalb ein untaugliches Mittel zur Verhinderung von Mißbräuchen des Verkehrsrechts.

386) vgl. BVerfGE 30, 292, 316 m.H.a. E 19, 330, 337; 25, 1, 17 f

z.B. die Vorteile eines Geständnisses oder aber auch einer legitimen Aussageverweigerung zu erörtern. Hier würde auch der Hinweis auf die Verschwiegenheitspflicht des überwachenden Richters wenig nützen. Zu glauben, daß z.B. der vor Gericht hartnäckig leugnende, seinem Verteidiger gegenüber aber geständige Angeklagte voll auf die Verschwiegenheitspflicht vertraut, ist abwegig.³⁸⁷⁾

Mithin handelt es sich bei der völligen Überwachung um einen schwerwiegenden Eingriff in das Grundrecht des Beschuldigten aus Art. 103 Abs. 1 GG.³⁸⁸⁾ "Ein Eingriff in das freie, unbeeinträchtigte Verteidigergespräch berührt aber den Kernbereich dessen, was in einem Rechtsstaat unter Verteidigung zu verstehen ist. Er würde die rechtsstaatliche Qualität des Strafprozesses wahrnehmbar verschieben".³⁸⁹⁾

b) Das Gemeinschaftsinteresse, weitere Straftaten aus der Haft heraus zu verhindern

Dem steht hier das legitime Interesse des Staates und der Gemeinschaft gegenüber, weitere Straftaten aus der Haft heraus zu verhindern. Ob dies jedoch eine so weitgehende Beeinträchtigung der grundrechtlich geschützten Verteidigungsmöglichkeit des Beschuldigten rechtfertigt, ist zweifelhaft.

An dieser Stelle ist zu differenzieren zwischen einer Regelung, die eine Überwachung pauschal, ohne weiteres

387) vgl. Grünwald, DuR 70, 308; Dahs, NJW 1975, 1385 ff; Knapp, AnwBl 75, 373 ff; auch Groß, NJW 1975, 422 ff gesteht als Verfechter einer Überwachungsregelung zu, daß damit ein "Verlust" für den Beschuldigten verbunden wäre.

388) vgl. auch Müller, NJW 1976, 1063 ff

389) Bericht des Rechtsausschusses, BT-Dr 8/1482, S. 16; vgl. auch Knapp, AnwBl 1975, 373, 378; Dahs, NJW 1975, 1385, 1391 f; ders., NJW 1976, 2145, 2151; Herrmann, JuS 1976, 418; Welp, GA 1977, 129, 133 f

anordnet, und einer Regelung, die die Überwachung vom Vorliegen bestimmter Verdachtsmomente abhängig macht.³⁹⁰⁾

aa) Pauschale Überwachungsregelung:

Da, wie im Entwurf des Bundesrates vom 16.5.1975³⁹¹⁾ ausdrücklich erwähnt, Anlaß für eine Neuregelung des § 148 Abs. 2 StPO das Verhalten nur "einer geringen Anzahl von Verteidigern" ist, wird deutlich, daß sich der unbehinderte Verkehr grundsätzlich bewährt hat, in der Regel also keinerlei Konspirationsgefahr besteht. Demzufolge würde eine pauschale Überwachungsregelung weit über das erforderliche Maß hinaus das Recht des Beschuldigten auf effektive Verteidigung beeinträchtigen und darüberhinaus eine schwerwiegende Diskriminierung aller, auch der loyalsten Verteidiger bedeuten.

bb) Überwachung bei Vorliegen bestimmter Verdachtsmomente:

Würde die Anordnung einer Überwachung vom Vorliegen bestimmter Verdachtsmomente abhängig gemacht, so ergeben sich folgende Aspekte.

Die Anordnung der Überwachung des verdächtigen Verteidigers hätte zur Folge, daß er fortan vor Gericht unglaublich wäre. Die Überzeugungskraft des Verteidigers, der zumindest im "Ruch" der Konspiration steht, dürfte erheblich gemindert sein. Eine wirksame Verteidigung würde durch diesen Umstand zusätzlich verhindert.³⁹²⁾

Andererseits kann nicht hingenommen werden, daß bei Vorliegen schwerwiegender Verdachtsmomente der Staat untätig zusehen und abwarten muß, ob und wie unter Mißbrauch des Verkehrsrechts etwa neue Straftaten vorbereitet oder unterstützt werden. Dem kann und muß jedoch Rechnung getragen werden, auch ohne daß dabei so weitgehend in rechts-

390) wie z.B. der Regierungsentwurf v. 30.8.1975, a.a.O.

391) BT-Dr 7/3649

392) so auch der Bericht des Rechtsausschusses, BT-Dr 7/2989

staatliche Prinzipien eingegriffen wird.

Wenn tatsächlich ein begründeter Verdacht dahingehend besteht, daß das Verkehrsrecht mißbraucht wird, so ist der Verteidiger auszuschließen.

Die Zulässigkeit eines Ausschlusses in diesem Fall ergibt sich aus der besonderen Funktion des Verteidigers. Als Mitgarant eines rechtsstaatlichen Verfahrens, wenn auch nur insoweit, als er die Interessen seines Mandanten zu vertreten hat, stehen ihm besondere Rechte wie das des Verkehrs mit dem inhaftierten Beschuldigten zu, weil anders eine rechtsstaatliche Verteidigung nicht möglich ist. Damit korrespondiert zugleich aber auch die Pflicht, sich innerhalb des rechtsstaatlichen Rahmens zu bewegen, also seine Rechte nicht zu verteidigungswidrigen Zwecken zu mißbrauchen. Tut er dies dennoch, so hat er damit die generelle Vermutung der Integrität und Vertrauenswürdigkeit, die mit der Einräumung dieser besonderen Rechte notwendig verbunden ist, in seinem konkreten Fall zerstört. Die "Geschäftsgrundlage", aufgrund derer der Rechtsstaat dem Verteidiger seine speziellen Rechte gewährt, ist entfallen. Die Handlungen eines solchen Verteidigers sind nicht mehr als rechtsstaatliche Beistandsleistung zu qualifizieren mit der Folge, daß er vom Verfahren auszuschließen ist.

Ein Ausschluß des Verteidigers läßt auch das Recht des Beschuldigten auf wirksame Verteidigung weitgehend unbeschadet, da er dadurch die Möglichkeit behält, einen neuen, unverdächtigen Verteidiger zu wählen, dem dann eine optimale Verteidigung möglich ist. Dagegen führte eine Überwachung dazu, daß der Beschuldigte keinen vollwertigen Verteidiger und somit kein rechtsstaatliches Verfahren mehr hätte.

Der Argumentation, daß eine Überwachungsregelung gegenüber einem Ausschluß die mildere Maßnahme wäre und deshalb in Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrund-

satz vorzuziehen sei,³⁹³⁾ kann nicht gefolgt werden.³⁹⁴⁾ Denn als "Minus" stellt sich die Überwachung doch nur dann dar, wenn man allein auf den Tätigkeitsbereich des Verteidigers und den Blickwinkel des Art. 12 GG abstellt. Für den Beschuldigten dagegen, auf den es in diesem Zusammenhang primär ankommt, ist ein überwachter Verteidiger uneffektiv, während er sich bei einer Ausschlussregelung einen neuen vollwertigen Verteidiger wählen kann. Hinter diesem Gesichtspunkt hat das Interesse des Anwalts auf freie Berufsausübung zurückzutreten. Gerade dieser Fall verdeutlicht, daß bei der verfassungsrechtlichen Erfassung anwaltlicher Tätigkeit (ihs. als Verteidiger) allein die Sicht aus Art. 12 Abs. 1 GG nicht ausreicht. Die besondere rechtsstaatliche Funktion, die der Verteidiger hat, bringt eben neben der Gewährung besonderer Rechte auch mit sich, daß er weitergehenden, aus dieser spezifischen Funktion folgenden Einschränkungenmöglichkeiten der Berufsausübung unterworfen ist. Da seine Aufgabe darin besteht, den Interessen des Beschuldigten zu dienen, kann es eben auch dazu kommen, daß er gerade um dieses Interesses willen seine eigenen Belange unterzuordnen hat, also auch bei gegebenem Anlaß einen Ausschuß hinzunehmen hat.

Festzuhalten ist, daß die Überwachung auch des mündlichen Verkehrs zwischen Verteidiger und inhaftiertem Beschuldigten ein verfassungsrechtlich nicht zu rechtfertigender Eingriff in den Kernbereich des Grundrechts des Beschuldigten auf effektive Verteidigung wäre.³⁹⁵⁾

393) so Groß, NJW 1975, 428

394) so auch Dahs, NJW 1975, 1385, 1392; ders., ZRP 1977, 164, 167; Ulsenheimer, GA 1975, 103, 109; Müller, NJW 1976, 1067; Welp, GA 1977, 129, 143; vgl. auch Baumann, ZRP 1975, 38 Fn. 7; Knapp, AnwBl 1975, 373, 379

395) vgl. auch Welp, GA 1977, 129, 143

Dem hinter einer Überwachungsregelung stehenden legitimen Interesse, weitere Straftaten aus der Haft heraus zu verhindern, kann dadurch Rechnung getragen werden, daß für den Fall des Mißbrauchs des Verkehrsrechts ein gesetzlicher Ausschluß des Verteidigers erfolgt (wie dies im übrigen bereits geschieht).³⁹⁶⁾

Darüberhinaus spricht für eine Ausschlußregelung, daß sie im Vergleich zu Überwachungsmaßnahmen bedeutend wirksamer ist, da mit der völligen Unterbrechung des unmittelbaren Kontaktes zwischen Verteidiger und inhaftiertem Beschuldigten auch eine verdeckte,³⁹⁷⁾ für den überwachenden Richter nicht erkennbare Konspiration unterbunden wird. Unterstützt werden diese Überlegungen durch den Gesetzgeber selbst, der Ende 1974 bei der Normierung von Ausschlößungstatbeständen diese in letzter Minute um die Fälle des Mißbrauchs des Verkehrsrechts erweitert hat, und zwar anstelle einer Überwachungsregelung. Möglicherweise hat man sich der Argumente erinnert, die 1964 mit dem StPÄG zu der als rechtsstaatliche Errungenschaft empfundenen Abschaffung jeglicher Überwachungsmöglichkeiten führte: Der Verkehr des Verteidigers mit dem Gefangenen müsse "uneingeschränkt, unbeaufsichtigt und völlig frei" sein,³⁹⁸⁾ der Verteidiger dürfe in seinem Besucherrecht keineswegs "auch nur im geringsten beschränkt" werden,³⁹⁹⁾ denn ein überwachter Verkehr "ist für sachgemäße Verteidigung ungenügend und schädigt ... zugleich rechtzeitige

396) vgl. dazu auch J. Bosch, Diskussionsbericht der Sitzung der Fachgruppe für Strafrechtsvergleichung auf der Tagung für Rechtsvergleichung 1977 in Münster, ZStW 90 (1978), 865 ff

397) vgl. dazu Bahr, NJW 1975, 1385, 1391; Herrmann, JuS 1976, 418; Welp, GA 1977, 129, 139; Klug, BR, 437, Sitzung vom 16.7.1976, Prot. S. 331; Posser, ebd., S. 332

398) so der Abgeordnete Busse bei der 2. Lesung des Gesetzentwurfes im Bundestag am 27.3.1963

399) so der Abgeordnete Hirsch bei der 2. Lesung des Gesetzentwurfes im Bundestag am 27.3.1963

Aufklärung".⁴⁰⁰⁾ Gleiches muß auch heute noch gelten. Ein überwachter Verkehr diskriminiere den Rechtsanwalt und verhindere eine echte Beistandsleistung, weil diese ein Vertrauensverhältnis zwischen Verteidiger und Beschuldigtem voraussetze, ein solches aber gerade eine ungestörte Beratung erfordere.⁴⁰¹⁾

Ein so weitgehender Eingriff in das Grundrecht des Beschuldigten auf effektive Verteidigung, wie er durch die völlige Überwachung seiner Kommunikation mit dem Verteidiger erfolgen würde, ist verfassungsrechtlich nicht haltbar und würde letztlich gegen rechtsstaatliche Grundsätze verstoßen. Art. 103 Abs. 1 GG als Rechtsgrundlage des Anspruchs auf Verteidigung und das Prinzip der Waffengleichheit, das die Forderung nach Effektivität der Verteidigung unterstützt, wären verletzt.

3. § 148 Abs. 2 Satz 3 StPO - Verpflichtung zur Errichtung von Trennscheiben in Verfahren nach § 129 a StGB

Die gesetzliche Anordnung zur Errichtung von Trennscheiben beim mündlichen Verkehr zwischen inhaftiertem Beschuldigten und Verteidiger knüpft an die Regelung des § 148 Abs. 2 Satz 1 StPO - Überwachung des Schriftverkehrs - an und soll die unkontrollierte Übergabe von Schriftstücken und anderen Gegenständen während des Verteidigergesprächs verhindern.⁴⁰²⁾

Insoweit, als die Trennscheibe die Übergabe von Schriftstücken verhindern will, stellt sie lediglich eine folgerichtige, die Regelung des § 148 Abs. 2 Satz 1 StPO sichernde Maßnahme dar und ist somit verfassungs-

⁴⁰⁰⁾ von Hippel, Strafprozeßrecht, § 49 VII 1 Abs. 5

⁴⁰¹⁾ so Dünnebier, in Löwe-Rosenberg, § 148 Anm. 1

⁴⁰²⁾ vgl. H.J. Vogel, NJW 1978, 1222

rechtlich auch nicht anders zu bewerten als diese.

Folglich wäre auch die Anordnung zur Errichtung von Trennscheiben, soweit dadurch allein die Übergabe von Schriftstücken verhindert würde, mit verfassungsrechtlichen Grundsätzen nicht vereinbar.⁴⁰³⁾

Jedoch wurde mit der Einführung der Trennscheibe auch und in erster Linie bezweckt, die Übergabe anderer Gegenstände als Schriftstücke während des Verteidigergesprächs auszuschließen. Dies geht aus dem Bericht des Rechtsausschusses vom 10.1.1978⁴⁰⁴⁾ hervor, in dem zur Begründung ausdrücklich auf "die Vorkommnisse in Stammheim" verwiesen wird. Mit diesen "Vorkommnissen" ist gemeint, daß man nach den Selbstmorden dreier in der Strafanstalt Stuttgart-Stammheim einsitzender Terroristen in deren Zellen Waffen und andere verbotene Gegenstände fand, obwohl die Übergabe unerlaubter Gegenstände aufgrund umfangreicher Vorkehrungen ausgeschlossen schien. Es mußte deshalb der Verdacht erhoben werden, daß die in den Zellen gefundenen Waffen etc. von Verteidigern bei den nicht überwachten Gesprächen mit den Beschuldigten übergeben worden waren.

Vornehmlicher Zweck des § 148 Abs. 2 Satz 3 StPO ist also, die Übergabe von Waffen und anderer die Sicherheit der Haftanstalt gefährdender Gegenstände während des unüberwachten Verteidigergesprächs auszuschließen.

Unabhängig davon, ob der damals im konkreten Fall gehegte Verdacht zutreffend war, ist angesichts dessen, daß eine Übergabe verbotener Gegenstände während des Verteidigergesprächs zumindest möglich war und auch zukünftig erfolgen könnte, vor allem aber wegen der mit dem Einschmuggeln von Waffen verbundenen ganz erheblichen Gefahren für die Sicherheit der Haftanstalt und ihrer Be-

403) Sie verstieße also ebenso gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit wie § 148 Abs. 2 Satz 1 StPO.

404) BT-Dr 8/1482, S. 12 f

diensteten das Bedürfnis danach, ein derartiges Verhalten mit völliger Sicherheit auszuschließen, als gerechtfertigt und auf vernünftigen und sachgerechten Erwägungen des Gemeinwohls beruhend anzuerkennen.

Demgegenüber ist der mit der Errichtung von Trennscheiben verbundene Eingriff in das Grundrecht des Beschuldigten auf wirksame und vertrauensvolle Verteidigung und das Grundrecht des Verteidigers aus Art. 12 GG als lediglich geringfügig zu bewerten.

Denn die Errichtung von Trennscheiben berührt allenfalls den menschlichen Kontakt zwischen Beschuldigtem und Verteidiger, nicht aber die Möglichkeit, ein vertrauensvolles - da unüberwachtes - Gespräch zu führen und eine wirksame Verteidigung vorzubereiten. Durch die Trennscheibe wird lediglich die äußere Form der Verteidigung berührt, inhaltlich erfährt die Verteidigung dadurch keinerlei nennenswerte Beeinträchtigungen.

Die Errichtung von Trennscheiben führt auch nicht zu einer Diskriminierung einzelner Verteidiger und dadurch mittelbar zu einer Schwächung ihrer Glaubwürdigkeit, da sie unabhängig von der Person des Verteidigers und eines Verdachts gegen ihn für alle Verfahren nach § 129 a StGB angeordnet ist. Die mit § 148 Abs. 2 Satz 3 StPO verbundene generelle Diskriminierung aller Verteidiger, die in Verfahren nach § 129 a StGB auftreten, - zumindest als Rechtsanwälte kommt ihnen als in der Rechtspflege gleichberechtigt Mitwirkende die allgemeine Vermutung der Integrität zu - kann zugunsten des Ausschlusses ganz erheblicher Gefahrenquellen für die Sicherheit der Haftanstalt als notwendiges Übel in Kauf genommen werden.⁴⁰⁵⁾ Denn diese generelle Diskriminierung der Verteidiger wirkt sich nicht auf die Möglichkeit effektiver, von

⁴⁰⁵⁾ ebenso der Justizsenator von Hamburg, G.M. Meyer, in der Zeitschrift "Stern", Nr. 52/1977, S. 9

einem Vertrauensverhältnis getragener Verteidigung aus. Das ist der wesentliche und in aller Deutlichkeit herauszustellende Unterschied zu einer die Absicht des Gesetzgebers u.U.⁴⁰⁶⁾ ebenso verwirklichende Überwachungsanordnung auch des mündlichen Verkehrs.⁴⁰⁷⁾

Das Recht des Beschuldigten auf umfassende Verteidigung wird von § 148 Abs. 2 Satz 3 StPO inhaltlich nicht tangiert. Der mit dieser Regelung erfolgte geringfügige Eingriff in das Berufsgrundrecht des Verteidigers ist verhältnismäßig und damit verfassungsgemäß, da kein milderer, jedoch gleichermaßen wirkungsvolles Mittel ersichtlich ist.

Der Vorzug der Trennscheibe liegt darin, daß sie zwar einerseits möglichen Gefahren wirksam begegnet, andererseits aber "das ungehinderte Gespräch des Verteidigers mit dem inhaftierten Mandanten als den Kernbereich der selbständigen, aus der Subjektqualität des Beschuldigten erwachsenen Verteidigungsbefugnisse"⁴⁰⁸⁾ unangetastet läßt.

4. Ergebnis

Sowohl die in § 148 Abs. 2 Satz 1 geregelte Überwachung nur des Schriftverkehrs, als auch eine völlige Überwachung des Verkehrs zwischen Verteidiger und inhaftiertem Beschuldigten ist verfassungswidrig. Dem berechtigten

⁴⁰⁶⁾ Von der Geeignetheit einer Überwachungsregelung gingen die entsprechenden Gesetzentwürfe der Opposition aus, für die sich jedoch nicht die erforderliche Mehrheit fand; vgl. Bericht des Rechtsausschusses, BT-Dr 8/1482, S. 15 ff

⁴⁰⁷⁾ vgl. auch G.M. Meyer, a.a.O., der die Geeignetheit einer Überwachungsregelung in Frage stellt.

⁴⁰⁸⁾ H.J. Vogel, NJW 1978, 1222

Interesse der Gemeinschaft nach Verhinderung weiterer Straftaten aus der Haft heraus kann durch andere Maßnahmen, ibs. durch eine Ausschließungsregelung Genüge getan werden.

Dagegen stößt die Anordnung zur Errichtung von Trennscheiben - § 148 Abs. 2 Satz 3 StPO - auf keine verfassungsrechtlichen Bedenken.

II. § 138 a StPO - Ausschließung des Verteidigers

Nachdem das Bundesverfassungsgericht in seinem Beschlus vom 14.2.1973⁴⁰⁹⁾ festgestellt hatte, daß ein Rechtsanwalt von der Verteidigung in einem konkreten Fall mangels einer gesetzlichen oder gewohnheitsrechtlichen Grundlage nicht ausgeschlossen werden kann, sah sich der Gesetzgeber veranlaßt, diesen nach Meinung des Gerichts "höchst unbefriedigenden" Rechtszustand zu beenden und den Entzug der Verteidigungsbefugnis abschließend zu regeln.

Durch das Gesetz zur Ergänzung des Ersten Gesetzes zur Reform des Strafverfahrensrechts vom 20.12.1974⁴¹⁰⁾ wurden in den §§ 138 a, 138 b StPO die materiellen Ausschließungstatbestände und in den §§ 138 c, 138 d StPO das Verfahren normiert. Modifizierungen erfolgten durch Gesetz vom 18.8.1976,⁴¹¹⁾ durch das § 138 a Abs. 2 Satz 2 aufgehoben und Abs. 4 und 5 eingefügt und auch § 138 c entsprechend geändert wurde, und durch das StPO-Änderungsgesetz vom 14.4.1978,⁴¹²⁾ welches für den Verteidigerausschluß im wesentlichen eine Herabsetzung der Verdachtsschwelle in Verfahren nach § 129 a StGB und eine zeitliche Befristung der Ausschließung mit sich brachte.

Ob die in der jetzt gültigen Form der §§ 138 a, 138 b StPO enthaltenen detaillierten Ausschließungstatbestände⁴¹³⁾ verfassungsrechtlichen Anforderungen genügen, soll im folgenden überprüft werden.

⁴⁰⁹⁾ E 34, 293 ff

⁴¹⁰⁾ BGBI I, S. 3686

⁴¹¹⁾ BGBI I, S. 2181

⁴¹²⁾ BGBI I, S. 497

⁴¹³⁾ die im ausländischen Recht ohne Parallele sind - vgl. Jescheck, Festschrift für Dreher, S. 783 ff

1. § 138 a Abs. 1 Nr. 1 und 3, Abs. 2 StPO

§ 138 a Abs. 1 StPO: "Ein Verteidiger ist von der Mitwirkung in einem Verfahren auszuschließen, wenn er dringend oder in einem die Eröffnung des Hauptverfahrens rechtfertigenden Grade verdächtig ist, daß er (Nr. 1) an der Tat, die den Gegenstand der Untersuchung bildet, beteiligt ist", oder (Nr. 3) "eine Handlung begangen hat, die für den Fall der Verurteilung des Beschuldigten Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei wäre".

Abs. 2 bestimmt: "Von der Mitwirkung in einem Verfahren, das eine Straftat nach § 129 a des Strafgesetzbuches zum Gegenstand hat, ist ein Verteidiger auch auszuschließen, wenn bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, daß er eine der in Absatz 1 Nr. 1 ... bezeichneten Handlungen begangen hat oder begeht".

Diese Ausschießungsregelungen (wie auch die übrigen) stellen einen "schwerwiegenden Eingriff in das Recht des Anwalts auf freie Berufsausübung (Art. 12 GG) dar" und berühren "in hohem Maße das Interesse des Beschuldigten, die Verteidigung durch den Verteidiger seines Vertrauens führen zu lassen".⁴¹⁴⁾

Zu fragen ist, ob diese Beeinträchtigung grundrechtlich geschützter Positionen gerechtfertigt ist.

a) Das Recht des Anwalts aus Art. 12 Abs. 1 GG

Der Eingriff in das Recht auf freie Berufsausübung wäre gerechtfertigt, wenn er auf vernünftigen und sachgerechten Erwägungen des Gemeinwohls beruht und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entspricht.⁴¹⁵⁾

414) Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung v. 6.9.1976, BT-Dr 7/2526

415) vgl. BVerfGE 7, 377, 378 f; 15, 226, 234; 22, 114, 123; 30, 292, 316

aa) Die Ausschlussregelungen des § 138 a Abs. 1 Nr. 1 und 3 StPO als sachgerechte und vernünftige Maßnahmen

Bei den in § 138 a Abs. 1 Nr. 1 und 3 StPO geregelten Ausschlussgründen handelt es sich um Fallkonstellationen, in denen ein Verdacht dahingehend besteht, daß der Verteidiger selbst wegen Mittäterschaft, Anstiftung oder Beihilfe (Beteiligung) - Nr. 1 - oder wegen Begünstigung, Strafvereitelung oder Hehlerei - Nr. 3 - in die dem Beschuldigten zur Last gelegte Straftat verstrickt ist. Ein solcher Verteidiger hat sein eigenes Schicksal mit dem des Beschuldigten verknüpft und ein Eigeninteresse an einem (auch) für ihn selbst günstigen Ausgang des Verfahrens. Demzufolge ist es naheliegend, daß er entweder in kollusivem Zusammenwirken mit dem Beschuldigten die Aufklärung des wahren Sachverhalts hintertreibt oder gar die Führung der Verteidigung allein an seinen eigenen Interessen orientiert, sein Mandat also auf Kosten des Beschuldigten mißbraucht, um sein eigenes strafbares Verhalten zu vertuschen. In diesen Fällen ist eine rechtsstaatliche Verteidigung, nämlich umfassende und optimale Wahrnehmung der Interessen des Beschuldigten, nicht mehr gewährleistet, die Beistandsfunktion des Verteidigers u.U. in ihr Gegenteil verkehrt.⁴¹⁶⁾ Darüberhinaus ist ein solches Verhalten des Verteidigers mit seiner Stellung als Mitgarant für ein rechtsstaatliches Verfahren nicht vereinbar. Zwar besteht seine Aufgabe lediglich darin, streng einseitig zugunsten des Beschuldigten zur Wahrheitsfindung beizutragen, jedoch ist er als ein auf Wahrheit und Gerechtigkeit verpflichteter Verfahrensbeteiligter gehalten, sich dabei allein rechtlich zulässiger (justizförmiger) Mittel zu bedienen. Keinesfalls darf er die

416) vgl. auch BVerfG, NJW 75, 1015, 1017, mit Hinweis auf BVerfGE 34, 293, 300 f

Wahrheitsfindung durch strafbares Verhalten zu verhindern trachten. Tut er dies dennoch, so verläßt er den durch das Rechtsstaatsprinzip gesetzten Rahmen der Verteidigertätigkeit. Auch aus diesem Grunde also ist sein Verhalten keine rechtsstaatliche Verteidigung mehr.

Die in § 138 a Abs. 1 Nr. 1 und 3 StPO normierten Ausschußgründe dienen somit der Sicherung der Beistandsfunktion des Verteidigers und zur Abwehr strafrechtlich relevanter Angriffe gegen einen rechtsstaatlichen Verfahrensablauf, beruhen mithin zweifellos auf sachgerechten und vernünftigen Erwägungen.

Zu erörtern bleibt, ob dies auch insoweit gilt, als das Gesetz einen Ausschuß nicht erst bei einer rechtskräftigen Verurteilung des Verteidigers wegen der in § 138 a Abs. 1 Nr. 1 und 3 StPO genannten strafbaren Handlungen vorsieht, sondern ihn generell schon bei einem entsprechenden dringenden oder die Eröffnung der Hauptverhandlung rechtfertigenden Verdacht ermöglicht (Absatz 1) und darüberhinaus für den Fall des § 138 a Abs. 1 Nr. 1 StPO in Verfahren nach § 129 a StGB einen Ausschuß schon dann vorsieht, wenn bestimmte Tatsachen einen solchen Verdacht begründen (Absatz 2).

aaa) Zum Verdachtsgrad des Absatz 1:

Der hohe Rang der zu schützenden Rechtsgüter, nämlich einmal eine im Interesse des Beschuldigten umfassende und effektive Verteidigung und zum anderen die Justizförmigkeit der Verteidigungsführung - beides für ein rechtsstaatliches Verfahren unabdingbar -, macht es notwendig, nicht erst eine erschöpfende Sachaufklärung abzuwarten, sondern bereits die in erheblichem Maße drohende Gefahr der Beeinträchtigung dieser Rechtsgüter, wie sie bei entsprechend dringendem oder die Eröffnung der Hauptverhandlung rechtfertigendem Verdacht besteht, durch geeignete Maßnahmen abzuwenden. Hinzu kommt, daß

"Maximallösungen", d.h. Ausschluß etwa erst bei rechtskräftiger Verurteilung des Anwalts, nach Eröffnungsbeschluß des Gerichts oder Erhebung der Anklage, aus zeitlichen Gründen weder praktikabel noch im Interesse insbesondere des inhaftierten Beschuldigten sind.

Auf der anderen Seite wird die in § 138 a Abs. 1 StPO getroffene Lösung auch der Überlegung gerecht, daß angesichts der Schwere der mit dem Ausschluß verbundenen Rechtsbeeinträchtigung die Eingriffsmöglichkeiten begrenzt sein müssen. Denn immerhin knüpft das Gesetz "in erster Linie an den Verdachtsgrad an, der für den schwersten Eingriff in die Rechte des Beschuldigten, die Anordnung der Untersuchungshaft, verlangt wird".⁴¹⁷⁾

Nach der Regelung des § 138 a Abs. 1 StPO muß der Verteidiger doch in einem erheblichen Maße einer der genannten strafbaren Handlungen verdächtig sein, so daß ein Mißbrauch wie etwa die Ausschließung lediglich mißliebiger Verteidiger kaum möglich ist. Bei Vorliegen eines dringenden bzw. die Eröffnung des Hauptverfahrens rechtfertigenden Verdachts einer Straftat ist der Ausschluß somit eine "äquivalente" Maßnahme.⁴¹⁸⁾

bbb) Zum Verdachtsgrad des Absatz 2:

Im Falle des § 138 a Abs. 2 StPO reicht für einen Ausschluß aus, wenn bestimmte Tatsachen einen entsprechenden Verdacht begründen. Damit sind die Anforderungen an den erforderlichen Verdachtsgrad gegenüber Absatz 1 zwar deutlich vermindert, jedoch ohne daß das Gesetz selbst oder die Materialien den Grad der Herabsetzung der Ver-

417) Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung vom 6.9.1974, BT-Dr 7/2526, S. 21

418) Dahn, NJW 1975, 1390

dachtsschwelle erläutern.⁴¹⁹⁾

Eine vergleichbare Regelung findet sich in § 100 a StPO für den ebenfalls schwerwiegenden Grundrechtseingriff der Überwachung des Fernmeldeverkehrs. Dort ist durch Rechtsprechung und Schrifttum anerkannt, daß der auf "bestimmte Tatsachen" gestützte Verdacht durch schlüssiges Tatsachenmaterial aus der äußeren oder inneren Geschehenswelt bereits ein gewisses Maß an Konkretisierung erreicht haben⁴²⁰⁾ und von erheblicher Stärke sein muß.⁴²¹⁾

Nichts anderes kann für § 138 a Abs. 2 StPO gelten. Der den Verteidigerausschluß rechtfertigende Verdacht muß also "durch bestimmte Tatsachen und Beweismittel derart erhärtet sowie konkret so stark und erheblich sein, daß begründete Aussicht auch auf die Durchführung eines Ermittlungsverfahrens wegen einer vorwerfbaren Handlung ... besteht".⁴²²⁾ Ein einfacher oder bloß entfernt gelegener Verdacht reicht dazu nicht aus.

Bei dieser Auslegung des § 138 a Abs. 2 StPO ist der damit verbundene "tiefe Eingriff"⁴²³⁾ in die Grundrechtsspositionen des Beschuldigten und des Verteidigers noch zu rechtfertigen. Zudem wurde die verschärfte Ausschlußregelung auf Verfahren nach § 129 a StGB beschränkt, da die besonderen Gefahren einer konspirativ geführten Verteidigung auch nur aus dem Bereich der Bandenkriminalität herrühren.⁴²⁴⁾

419) vgl. die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung vom 3.10.1977, BT-Dr 8/976, S. 37 f und den Bericht des Rechtsausschusses vom 10.1.1978, BT-Dr 8/1482, S. 11 f

420) vgl. BVerfGE 30, 1, 20 ff; Löwe-Rosenberg, § 100 a, Rdnr. 7

421) vgl. Kleinknecht, § 100 a Rdnr. 5

422) KG, NJW 1978, 1538

423) Bericht des Rechtsausschusses v. 10.1.1978, BT-Dr 8/1482, S. 11

424) vgl. Bericht des Rechtsausschusses v. 10.1.1978, a.a.O.

In Hinblick auf die Notwendigkeit, diesen Gefahren wirkungsvoll zu begegnen und in Anbetracht dessen, daß die Regelung des § 138 a Abs. 2 StPO einen Verteidiger-ausschluß immer noch von ganz konkreten Verdachtsmomenten abhängig macht, also keinesfalls ohne weiteres eine mißbräuchliche Handhabung ermöglicht, steht auch diese verschärfte Ausschlußregelung noch in einem angemessenen und zumutbaren Verhältnis zu dem damit verbundenen Eingriff in das Grundrecht des Anwalts aus Art. 12 GG.

Die besondere Funktion des Verteidigers als Mitgarant eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens (wenn auch nur einseitig zugunsten des Beschuldigten), aus der sich spezifische Rechte und Pflichten ergeben, rechtfertigt es, ihn bei begründeten Zweifeln an der Justizförmigkeit seiner Verteidigungsführung vom Verfahren auszuschließen.

bb) Ausschluß - das mildeste Mittel?

Zu fragen bleibt, ob der völlige Ausschluß von der Verteidigung nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstößt, weil ein anderes gleich wirksames, aber milderes Mittel zur Verfügung steht.⁴²⁵⁾ Dies wird von einigen Autoren bejaht, weil nämlich schon der Entzug der dem Verteidiger in den §§ 147 und 148 StPO eingeräumten Rechte (Akteneinsicht und unbehinderter Verkehr mit dem Beschuldigten) zum Schutze der bedrohten Rechtsgüter ausreiche.⁴²⁶⁾

Dem kann jedoch nicht zugestimmt werden: Die in den §§ 147 und 148 StPO eingeräumten Befugnisse sind notwendige Voraussetzung einer wirklich effektiven und somit rechtsstaatlichen Verteidigung. Würde man sie dem Verteidiger nehmen, könnte er seiner Aufgabenstellung nicht mehr gerecht werden. Der Beschuldigte hätte dann nur

⁴²⁵⁾ BVerfGE 30, 392, 316

⁴²⁶⁾ so z.B. GroB, ZRP 74, 30; Seebode, NJW 72, 2259

noch einen "Halbverteidiger" und bekäme kein rechtsstaatliches Verfahren mehr (vgl. oben die Ausführungen zu § 148 II StPO). Im übrigen wäre mit dem Entzug der Verteidigerrechte aus den §§ 147 und 148 StPO der Sicherung der Beistandsfunktion des Verteidigers im Interesse des Beschuldigten - auf die das Gesetz ja auch gerade abzielt - überhaupt nicht gedient. Die Gefahr, daß ein Verteidiger aufgrund eigener handfester Interessen am Ausgang des Verfahrens die Interessen seines Mandanten vernachlässigt, wird durch den Entzug einzelner Rechte in keiner Weise vermindert; dem kann nur durch einen völligen Ausschluß begegnet werden.

§ 138 a Abs. 1 Nr. 1 und 3 StPO verstößt somit nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Bei den in § 138 a Abs. 1 Nr. 1 und 3 geregelten Ausschließungstatbeständen handelt es sich um verfassungsrechtlich nicht zu beanstandende Beschränkungen des Rechts des Anwalts aus Art. 12 Abs. 1 GG auf freie Berufsausübung.

b) Das Recht des Beschuldigten auf Verteidigung

Das Recht des Beschuldigten auf Verteidigung durch einen Verteidiger seines Vertrauens (Art. 103 Abs. 1 GG) ist durch § 138 a Abs. 1 Nr. 1 und 3 StPO ebenfalls nicht verletzt. Denn dieses Recht gewährleistet ihm keinen Anspruch darauf, einen Anwalt hinzuziehen zu können, der gesetzlich an der Mandatswahrnehmung gehindert ist, sofern das Gesetz selbst zur verfassungsmäßigen Ordnung gehört.⁴²⁷⁾

Im übrigen gilt auch hier, daß sich der Anspruch auf Hinzuziehung nur eines solchen Verteidigers richten kann, der die Verteidigung auf rechtsstaatliche Art und Weise führt. Art. 103 Abs. 1 GG gibt dem Beschuldigten keinen

⁴²⁷⁾ vgl. BVerfGE 39, 156

Anspruch darauf, einen Verteidiger zur Seite zu haben, der durch strafbares Verhalten die Wahrheitsfindung zu hintertreiben sucht, u.U. sogar auf Kosten des Beschuldigten.

Schutzwürdige Interessen des Beschuldigten werden durch die Regelung des § 138 a Abs. 1 StPO also nicht beeinträchtigt.

c) Ergebnis

In Übereinstimmung mit der ganz überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur ist die Verfassungsmaßigkeit (und prozessuale Notwendigkeit) des § 138 a Abs. 1 Nr. 1 und 3 StPO zu bejahen.⁴²⁸⁾

2. § 138 a Abs. 1 Nr. 2, 1. Alternative StPO

§ 138 a Abs. 1 Nr. 2, 1. Alt. StPO bestimmt, daß ein Verteidiger von der Mitwirkung in einem Verfahren auszuscheiden ist, wenn er dringend oder in einem die Eröffnung des Hauptverfahrens rechtfertigenden Grade verdächtig ist, den Verkehr mit dem nicht auf freiem Fuß befindlichen Beschuldigten dazu zu mißbrauchen, Straftaten zu begehen. Auch für diesen Fall gilt die herabgesetzte Ver-

428) vgl. Ulsenheimer, GA 1975, 103, 107; Henkel, Strafverfahrensrecht, S. 159; Eb. Schmidt, Lehrkommentar Nachtragsband I, 1967, vor § 137 Rdnr. 13; Peters, Strafprozeß, S. 189 f; Kleinknecht, StPO, § 138 a, Rdnr. 1 ff; Dahs, NJW 1975, 1389; Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht, S. 90; Löwe-Rosenberg, § 138 Anm. III, 3, 8; KMR, vor § 137, Anm. 2 d; und schon RG, DRiZ 1928, 471; RG, DRiZ 1929, 74; RG, JW 1926, 2756; OLG Celle, JR 1950, 570; OLG Oldenburg, GA 1956, 189; BGH, NJW 1972, 2140

dachtsschwelle des § 138 a Abs. 2 StPO, sofern Gegenstand des Verfahrens eine Straftat nach § 129 a StGB ist.

Dieser Ausschußtatbestand berührt gleichfalls das Grundrecht des Verteidigers auf freie Berufsausübung und das Grundrecht des Beschuldigten auf freie Wahl eines Verteidigers des Vertrauens.

a) Grundsätzliche Verfassungsmäßigkeit

Ziel dieser Regelung ist es, den Mißbrauch des ungehinderten Verkehrs zwischen inhaftiertem Beschuldigten und Verteidiger "zum Angriff gegen die bestehende Rechtsordnung und zur Gefährdung der Sicherheit der Bürger" zu unterbinden.⁴²⁹⁾

Bereits im Zusammenhang mit den Ausführungen zu § 148 Abs. 2 StPO wurde darauf hingewiesen, daß es in der Tat dem Staat nicht zugemutet werden kann, untätig zuzusehen, wie die um einer rechtsstaatlichen Verteidigung willen eingeräumten Sonderrechte des Verteidigers zu verteidigungswidrigen Zwecken mißbraucht werden. Benutzt der Verteidiger den Verkehr mit dem inhaftierten Beschuldigten zur Begehung von Straftaten, so stellt sich sein Verhalten als ein Angriff gegen die Rechtsordnung und als Gefährdung des Sicherheitsinteresses der Gemeinschaft dar, mit der Folge, daß sich der Staat in "einer Art Notwehrsituation" befindet,⁴³⁰⁾ die ihn zu einer Reaktion zwingt.

Dem steht das Recht des Anwalts auf freie Berufsausübung nicht entgegen, da es selbstverständlich die Begehung von Straftaten nicht umfaßt und darüberhinaus ein solches Verhalten gar nicht erst als Berufsausübung - Verteidigungsführung - qualifiziert werden kann. Die Unterbindung der Begehung von Straftaten ist also alle-

429) vgl. Bericht des Rechtsausschusses, BT-Dr 7/2989, S. 4

430) Dahs, NJW 1975, 1389

mal gerechtfertigt.

Der völlige Ausschluß von der Verteidigung beinhaltet nun aber, daß nicht nur der Mißbrauch des Verkehrsrechts unterbunden wird, sondern daß dem Anwalt auch die Weiterführung einer durchaus ordnungsgemäßen Verteidigung unmöglich gemacht wird (da ja kein Zusammenhang zwischen den anläßlich der Besuche begangenen Straftaten und dem konkreten Prozeßgegenstand bestehen muß).

Auch das ist aus zwei Gesichtspunkten gerechtfertigt: Zum einen wird ein Verteidiger, der sein Recht aus § 148 StPO mißbraucht, dem mit der Einräumung dieses Rechts notwendigerweise verbundenen Vertrauensvorschuß nicht gerecht. Er zeigt damit, daß er zur Beachtung des zulässigen Rahmens seiner speziellen Tätigkeit nicht bereit ist, so daß er insgesamt keine Gewähr mehr für eine ordnungsgemäße Verteidigungsführung bietet. Zum anderen ist der völlige Ausschluß von der Verteidigung auch das einzige verfassungsrechtlich zulässige Mittel, um einen Mißbrauch des Verkehrsrechts zu verhindern. Das könnte nämlich anders nur noch dadurch erreicht werden, daß dem Verteidiger das Verkehrsrecht entweder völlig entzogen wird oder aber der Verkehr mit dem Beschuldigten überwacht wird. Da aber gerade ein unbehinderter Verkehr zwischen Verteidiger und inhaftiertem Beschuldigten essentielle Voraussetzung für eine umfassende und effektive Verteidigung ist, wäre in beiden Fällen eine rechtsstaatlichen Anforderungen genügende Verteidigung nicht mehr gegeben.⁴³¹⁾

Somit bleibt auch in Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nur der völlige Ausschluß von der Verteidigung.

431) vgl. die Ausführungen zu § 148 Abs. 2 StPO, sowie den Bericht des Rechtsausschusses BT-Dr 7/2989, S. 5

Daß die Regelung des § 138 a Abs. 1 Nr. 2, 1. Alt. StPO einen Ausschluß bereits beim Vorliegen eines dringenden oder eines die Eröffnung der Hauptverfahrens rechtfertigenden Verdachts vorsieht und darüberhinaus im Fall des § 138 a Abs. 2 StPO ein Ausschluß schon zu erfolgen hat, wenn bestimmte Tatsachen einen entsprechenden Verdacht begründen, ist aus den gleichen Überlegungen wie bei § 138 a Abs. 1 Nr. 1 und 3 StPO⁴³²⁾ gerechtfertigt.

Auch der Anspruch des Beschuldigten auf freie Wahl eines Verteidigers des Vertrauens bleibt durch § 138 a Abs. 2 Nr. 1 StPO gewahrt. Denn zum einen beinhaltet Art. 103 Abs. 1 GG nicht das Recht auf Beistand durch einen Verteidiger, der durch ein verfassungsmäßiges Gesetz von der Wahrnehmung des Mandats ausgeschlossen ist,⁴³³⁾ und zum anderen hat § 138 a Abs. 2 Nr. 1 StPO ja gerade zur Folge, daß der Beschuldigte die Möglichkeit hat, einen neuen, unverdächtigen Vertrauensanwalt als Verteidiger hinzuzuziehen.

b) Bedenken

Bedenken müssen jedoch dagegen erhoben werden, daß § 138a Abs. 1 Nr. 2, 1. Alt. StPO einen Ausschluß bereits bei ganz geringfügigen Delikten vorsieht.

Vor der Neufassung des § 138 a StPO durch das StPO-Anderungsgesetz vom 14.4.1978⁴³⁴⁾ war der der heutigen Regelung entsprechende § 138 a Abs. 2 Nr. 1 StPO a.F. noch auf die Begehung solcher Straftaten beschränkt, die im Höchstmaß mit mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe bedroht sind. Bei dieser alten Regelung ging der Gesetzgeber zutreffenderweise davon aus, daß ein Ausschluß nur

⁴³²⁾ siehe oben S. 122 ff

⁴³³⁾ vgl. BVerfGE 39, 156 ff

⁴³⁴⁾ BGBl I, S. 497

dann notwendig sei, "wenn Straftaten von einiger Bedeutung in Frage stehen".⁴³⁵⁾

Jedoch wurde auch die bereits in § 138 a Abs. 2 Nr. 1 StPO a.F. erfolgte Beschränkung auf Straftaten, die im Höchstmaß mit mindestens einem Jahr Freiheitsentzug bedroht sind, diesem Vorhaben in keiner Weise gerecht. Dadurch fielen lediglich fünf der im StGB geregelten Straftaten als Anknüpfungspunkt für einen Ausschluß aus, nämlich: § 106 a (Bannkreisverletzung), § 107 b (Fälschung von Wahlunterlagen), § 184 a (verbotene Prostitution), § 284 a (unerlaubtes Glücksspiel) und § 302 a (Kreditwucher). Demnach war ein Verteidiger auch nach der alten Regelung schon dann auszuschließen, wenn er dringend verdächtig war, den Verkehr mit dem inhaftierten Beschuldigten beispielsweise nur zu einer einfachen Beleidigung (§ 185 StGB) zu mißbrauchen.

Ein derartiges Verhalten kann aber wohl kaum als ein auch nur einigermaßen bedeutungsvoller Angriff gegen die Rechtsordnung oder als ernsthafte Gefährdung der Sicherheit der Bürger (worauf der Gesetzgeber abstellte) oder gar als Angriff gegen den "Kernbereich der Rechtspflege"⁴³⁶⁾ bezeichnet werden.⁴³⁷⁾

Bei der jetzt geltenden Bestimmung des § 138 a Abs. 1 Nr. 2, 1. Alt. StPO fehlt jegliche, diesen Überlegungen Rechnung tragende Begrenzung des Ausschlußtatbestandes, ohne daß sich in den Materialien⁴³⁸⁾ eine Begründung

⁴³⁵⁾ Bericht des Rechtsausschusses vom 16.12.1974, BT-Dr 7/2989, S. 4

⁴³⁶⁾ nach Dahs, NJW 1975, 1389, das entscheidende Kriterium

⁴³⁷⁾ nach Dahs, ZRP 1977, 164, 165, unterliegt es "gar keinem Zweifel", daß ein solches Gesetz gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verstößt.

⁴³⁸⁾ vgl. Bericht des Rechtsausschusses, BT-Dr 8/1482, S. 11 f und die Begründung des Gesetzentwurfs der Bundesregierung vom 3.10.1977, BT-Dr 8/976, S. 37 f, in dem die frühere Restriktionsformel noch enthalten war

für den Wegfall der vorherigen, bereits unzureichenden Beschränkung findet. Auch fehlt jeder Hinweis darauf, daß nunmehr Umstände vorlägen, die einen Ausschluß schon bei ganz geringfügigen Straftaten erforderlich erscheinen ließen. Umsomehr müssen in Anbetracht der mit einem Ausschluß verbundenen Grundrechtsbeschränkungen die bereits der früheren Regelung gegenüber gehegten Bedenken auf die heutige Regelung übertragen werden, zumal durch § 138 a Abs. 2 StPO eine weitere Herabsetzung des erforderlichen Verdachtgrades erfolgte, die nur durch die besondere Gefährlichkeit bestimmter Taten gerechtfertigt ist.

Die durch den völligen Verteidigerausschluß bewirkte Beeinträchtigung des Rechts des Anwalts auf freie Berufsausübung ist bei Delikten von gänzlich untergeordneter Bedeutung nicht gerechtfertigt und unverhältnismäßig und greift auch in unzulässiger Weise in das Recht des Beschuldigten auf freie Wahl eines Verteidigers des Vertrauens ein. Die Ausschlußmöglichkeit nach § 138 a Abs. 1 Nr. 2, 1. Alt.StPO hätte auf solche Delikte beschränkt werden müssen, die für das "Sicherheitsinteresse der Gemeinschaft" und den "Schutz der Rechtsordnung" tatsächlich "von einiger Bedeutung" sind.⁴³⁹⁾ Zu diesem Zweck hätte eine Restriktionsformel eingebaut werden müssen, die aber anders lauten müßte als die in der alten Regelung des § 138 a Abs. 2 Nr. 1 StPO a.F. verwandte; diese war dazu nicht geeignet.⁴⁴⁰⁾

439) Bericht des Rechtsausschusses, BT-Dr 7/2989, S. 4
440) so auch Groß, NJW 1975, 422 ff; Ulsenheimer, GA 1975, 103 ff, 114; Rudolphi, ZRP 1976, 165 ff, 173

c) Ergebnis

Die Notwendigkeit und verfassungsrechtliche Zulässigkeit des § 138 a Abs. 1 Nr. 2, 1. Alt. StPO ist grundsätzlich zu bejahen. Soweit die Regelung jedoch einen Ausschluß schon bei ganz geringfügigen Delikten vorsieht, ist sie durch die legitimen gesetzgeberischen Absichten nicht mehr gedeckt und unverhältnismäßig.⁴⁴¹⁾ Insoweit liegt ein Verstoß gegen das Recht des Anwalts aus Art. 12 GG und gegen das Recht des Beschuldigten aus Art. 103 Abs. 1 GG vor.

3. § 138 a Abs. 1 Nr. 2, 2. Alternative StPO

Nach § 138 a Abs. 1 Nr. 2, 2. Alt. StPO ist ein Verteidiger von der Mitwirkung in einem Verfahren auszuschließen, wenn er dringend oder in einem die Eröffnung des Hauptverfahrens rechtfertigenden Grade verdächtig ist, daß er den Verkehr mit dem nicht auf freiem Fuß befindlichen Beschuldigten dazu mißbraucht, die Sicherheit einer Vollzugsanstalt erheblich zu gefährden. Auch hier gilt für Verfahren nach § 129 a StGB die herabgesetzte Verdachtsschwelle des § 138 a Abs. 2 StPO.

Damit unterscheidet sich die jetzige, durch das StPO-

⁴⁴¹⁾ Diesem Ergebnis - unverhältnismäßiger Eingriff - kann auch nicht im Wege der "verfassungskonformen Auslegung" des Gesetzes begegnet werden. Nach § 138 a Abs. 1 Nr. 2, 1. Alt. StPO ist der Ausschluß zwingend vorgeschrieben, wenn ein Verteidiger der Begehung irgendeiner Straftat verdächtig ist. Dieser eindeutige Wortlaut läßt keinen Raum für eine Auslegung, die die Anwendbarkeit des Gesetzes auf Straftaten von gewisser Bedeutung beschränken will. - Zur Problematik der "verfassungskonformen Auslegung" und ihrer Grenzen, vgl. BVerfGE 2, 28

Änderungsgesetz vom 14.4.1978⁴⁴²⁾ erfolgte Fassung dieses Ausschlußgrundes von der früheren Regelung des § 138 a Abs. 2 Nr. 2 StPO a.F. dadurch, daß nunmehr bereits ein entsprechender Verdacht ausreicht, während früher die erhebliche Gefährdung der Anstaltssicherheit erwiesen sein mußte. Nach Auffassung des Gesetzgebers war die Normierung dieses Ausschließungstatbestandes notwendig, um "Versuchen zu begegnen, mit Hilfe des Verteidigers für notwendig befundene Sicherheitsvorkehrungen zu unterlaufen".⁴⁴³⁾

Wenn ein Verteidiger unter Mißbrauch seines Verkehrsrechts die Sicherheit einer Vollzugsanstalt erheblich gefährdet, so ist dadurch ebenfalls ein Angriff auf die Rechtsordnung und folglich eine "Art Notwehrsituation" des Staates sowie ein Integritätsverlust beim Verteidiger gegeben, so daß geeignete Abwehrmaßnahmen notwendig werden.

a) Bedenken gegen die Verhältnismäßigkeit dieser Regelung

Dagegen, daß ein Verteidiger in solchen Fällen vom Verfahren ausgeschlossen wird, ergeben sich jedoch erhebliche verfassungsrechtliche Bedenken aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Nach diesem Grundsatz ist eine Maßnahme u.a. dann nicht mehr verfassungsgemäß (nicht "erforderlich"), wenn der Gesetzgeber ein anderes, gleich wirksames, aber das Grundrecht nicht oder weniger fühlbar einschränkendes Mittel hätte wählen können.⁴⁴⁴⁾

In dem hier gegebenen Fall sind durchaus andere Mittel denkbar, die den vom Gesetzgeber verfolgten legitimen Zweck - Schutz der Sicherheit einer Vollzugsanstalt - in gleicher Weise erreichen, ohne dabei das Recht des An-

⁴⁴²⁾ BGBl I, S. 497

⁴⁴³⁾ Bericht des Rechtsausschusses, BT-Dr 7/2989

⁴⁴⁴⁾ vgl. BVerfGE 30, 292, 316 mit Hinweis auf E 19, 330, 337; 25, 1, 17 f

walts aus Art. 12 Abs. 1 GG und das des Beschuldigten aus Art. 103 Abs. 1 GG zu beeinträchtigen, wie dies durch § 138 a Abs. 1 Nr. 2, 2. Alt. StPO geschieht.

So wird bereits durch die verfassungsrechtlich nicht zu beanstandende Einführung von Trennscheiben⁴⁴⁵⁾ (§ 148 Abs. 2 Satz 3 StPO) erreicht, daß ein Unterlaufen der notwendigen Sicherheitsvorkehrungen mit Hilfe des Verteidigers weitgehend ausgeschlossen ist; zwar ist die Errichtung von Trennscheiben auf Verfahren nach § 129 a StGB beschränkt, doch haben ja auch gerade nur solche Verfahren Anlaß zu dieser gesetzgeberischen Maßnahme gegeben.⁴⁴⁶⁾

Und auch wenn man berücksichtigt, daß die Trennscheiben eine Gefährdung der Vollzugsanstalten schon deshalb nicht vollständig ausschließen, weil sie zwar eine direkte Übergabe von Waffen, Sprengkörpern und ähnlicher gefährlicher Dinge an Beschuldigte in den Besuchsräumen verhindern, nicht aber Einschmuggeln derartiger Gegenstände in die Anstalt überhaupt, so bleibt immer noch die Möglichkeit, auch Verteidiger unmittelbar an den Eingangspforten aufs Genaueste zu durchsuchen. Solche Durchsuchungen beeinträchtigen - ebenso wie die Trennscheibe - die Verteidigerrechte inhaltlich nicht, sondern berühren allein die äußere Form der Verteidigerbesuche. Das Recht des Verteidigers auf ungehinderten mündlichen Verkehr mit dem Beschuldigten wird damit lediglich von Bedingungen abhängig gemacht, die jederzeit erfüllt werden können.

Eine - im übrigen bereits vielfach praktizierte - Durchsuchung des Verteidigers verstößt auch nicht gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, wenn durch eine hinreichend bestimmte Regelung der Art und des Umfangs dieser Maßnahme sichergestellt ist, daß sie den Verteidi-

⁴⁴⁵⁾ siehe oben S. 115 ff

⁴⁴⁶⁾ vgl. H.J. Vogel, NJW 1978, 1222

ger nur soweit belastet, wie dies im konkreten Fall unumgänglich erscheint.⁴⁴⁷⁾ In Hinblick auf die dadurch abzuwendenden erheblichen Gefahren für die Sicherheit der Anstalt ist eine Durchsuchung auch zumutbar; ein anderes, weniger belastendes Mittel, das geeignet wäre, den mit der Durchsuchung angestrebten Erfolg ebenso wirksam sicherzustellen, ist nicht ersichtlich.

Ibs. ein Verteidiger, der den Verdacht erregt hat, die Sicherheit einer Vollzugsanstalt erheblich zu gefährden, muß es sich gefallen lassen, auch körperlich durchsucht zu werden. Seine Rechte als Verteidiger werden dadurch nicht berührt.⁴⁴⁸⁾

Folglich stehen mit der Trennscheibe und der Möglichkeit der Durchsuchung Mittel zur Verfügung, die den vom Gesetzgeber bei § 138 a Abs. 1 Nr. 2, 2. Alt. StPO verfolgten Zweck voll verwirklichen, ohne die Rechte des Verteidigers auf die freie Berufsausübung und des Beschuldigten auf freie Wahl eines Verteidigers des Vertrauens in dem Maße wie die Ausschlußregelung zu beeinträchtigen.

b) Ergebnis

Die durch § 138 a Abs. 1 Nr. 2, 2. Alt. StPO erfolgte Grundrechtsbeeinträchtigung ist nicht erforderlich und somit unverhältnismäßig; § 138 a Abs. 1 Nr. 2, 2. Alt. StPO ist verfassungswidrig.⁴⁴⁹⁾ (Hingewiesen sei auch

447) vgl. BVerfG, NJW 1978, 1048 ff

448) zur Problematik der Zulässigkeit von Verteidigerdurchsuchungen vgl. neben BVerfG, NJW 1978, 1048 ff auch KG, JR 1971, 297 ff und OLG Saarbrücken, NJW 1978, 1446 ff

449) Im Ergebnis ebenso Ulsenheimer, GA 1975, 103 ff, 114 und Rudolphi, ZRP 1976, 165 ff, 173 zu der entsprechenden früheren Regelung des § 138 a Abs. 2 Nr. 2 StPO a.F., bei der im Gegensatz zur jetzigen Regelung eine Gefährdung der Sicherheit einer Vollzugsanstalt bewiesen sein mußte. Da nunmehr bereits ein entsprechender Verdacht ausreicht, muß das Ergebnis - unverhältnismäßiger Eingriff - für die neue Regelung umso mehr gelten. - Kritisch auch Kern-Roxin, Strafverfahrensrecht, S. 90 f; Dahs, NJW 1975, 1390

noch darauf, daß bei einem pflichtwidrigen Verhalten des Verteidigers - wenn er wie in aller Regel Rechtsanwalt ist - unabhängig von den Bestimmungen der StPO ehrengerichtliche Sanktionen möglich bleiben, die z.B. auch ein vorläufiges und sofort wirksames Berufsverbot vorsehen, § 150 BRAO; darüberhinaus gelten selbstverständlich auch für den Verteidiger die allgemeinen Strafgesetze.)

4. § 138 b StPO

§ 138 b StPO bestimmt, daß ein Verteidiger von der Mitwirkung in einem Verfahren, das eine der in § 74 a Abs. 1 Nr. 3, § 120 Abs. 1 Nr. 3 des GVG genannten Straftaten oder die Nichterfüllung der Pflichten nach § 138 des StGB hinsichtlich der Straftaten des Landesverrats oder einer Gefährdung der äußeren Sicherheit nach den §§ 94 bis 96, 97 a, 100 des StGB zum Gegenstand hat, auch dann auszuschließen ist, wenn aufgrund bestimmter Tatsachen die Annahme begründet ist, daß seine Mitwirkung eine Gefahr für die Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland herbeiführen würde.

Die Notwendigkeit dieser Staatsschutzbestimmung ist ganz überwiegend anerkannt;⁴⁵⁰⁾ § 138 StPO dient dem legitimen Schutz wichtiger Sicherheitsinteressen.⁴⁵¹⁾

⁴⁵⁰⁾ vgl. BGHSt 8, 194; 15, 326; Löwe-Rosenberg, § 138 Anm. III, 10; Müller-Sax (KMR), vor § 137, Anm. 2 b; Eb. Schmidt, JZ 1957, 721; Waller, DRiZ 1974, 181; Groß, ZRP 1974, 30 f; Lantzke, JR 1973, 361; Ulsenheimer, GA 1975, 114 f; Dabs, NJW 1975, 1389; Kern-Roxin, a.a.O., S. 91; Kleinknecht, StPO § 138 b, Rdnr. 1; einschränkend: Peters, Strafprozeß, S. 190; Gerhardt, ZRP 1974, 126; Holtz, JR 1973, 363; ablehnend: Roesen, AnwBl 1957, 181

⁴⁵¹⁾ vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 6.9.1974, BT-Dr 7/2526, S. 21

Der mit dieser Regelung verbundene Eingriff in die Grundrechte des Verteidigers und des Beschuldigten wäre verhältnismäßig und damit verfassungsgemäß, wenn er sich auf das unumgängliche Maß beschränkte.

Das ist hier der Fall. § 138 b StPO läßt einen Verteidigerausschluß unter bestimmten engen Voraussetzungen nur in solchen Strafverfahren zu, in denen wegen der Art des Verfahrensgegenstandes in der Regel auch geheimhaltungsbedürftige Tatsachen zur Aufklärung des Sachverhalts zur Sprache kommen.⁴⁵²⁾

Auch dagegen, daß ein Ausschluß bereits bei einem auf bestimmte Tatsachen begründeten Verdacht einer Gefährdung der Sicherheit der Bundesrepublik vorgesehen ist, bestehen keine Bedenken. Denn es kann dem Staat sicherlich nicht zugemutet werden, erst dann zu reagieren, wenn eine solche Gefährdung bereits eingetreten ist. Dies muß vielmehr schon dann möglich sein, wenn die objektive Gefahr der Preisgabe wichtiger geheimhaltungsbedürftiger Sachverhalte besteht. Andererseits wird dadurch, daß ein entsprechender Verdacht auf bestimmten Tatsachen beruhen muß, sichergestellt, daß ein Verteidiger "nicht etwa wegen seiner - wenn auch extremen - politischen Gesinnung ausgeschlossen werden kann";⁴⁵³⁾ zumindest ist dies die Intention des Gesetzes.

Somit werden durch § 138 b StPO die Rechte des Verteidigers aus Art. 12 Abs. 1 GG und des Beschuldigten aus Art. 103 Abs. 1 GG in zulässiger Weise beschränkt.

452) wobei unerklärlich ist, warum in dem Deliktskatalog des § 138 b StPO die ebenfalls dem Sicherheitsinteresse dienende Bestimmung des § 353 c StGB fehlt; vgl. Ulsenheimer, GA 1975, 115

453) Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 6.9.1974, BT-Dr 7/2526, S. 21; zum Inhalt des Begriffs "auf bestimmten Tatsachen begründeter Verdacht", siehe oben S. 124 f

III. §§ 31 ff EGGVG - das sog. Kontaktsperregesetz

Nach der Entführung des Arbeitgeberpräsidenten Dr. Schleyer im September 1977 sahen sich die zuständigen staatlichen Stellen veranlaßt, bestimmte Straf- und Untersuchungshäftlinge, die Kreisen des organisierten Terrorismus zugerechnet wurden, vorübergehend von jeglicher Verbindung zu anderen Gefangenen und zur Außenwelt - einschließlich des mündlichen und schriftlichen Verkehrs mit ihren Verteidigern - auszuschließen.⁴⁵⁴⁾

Da es jedoch zumindest nicht völlig unbedenklich erschien, diese Maßnahmen allein mit der Anwendung des Grundgedankens des rechtfertigenden Notstandes (§§ 228, 904 BGB, § 34 StGB) als allgemeinen Rechtsgrundsatz zu rechtfertigen,⁴⁵⁵⁾ wurde im gesetzgeberischen Eilverfahren das Gesetz zur Änderung des Einführungsgesetzes zum Gerichtsverfassungsgesetz vom 30.9.1977 - das sog. Kontaktsperregesetz - verabschiedet,⁴⁵⁶⁾ das am 2.10.1977 in Kraft trat und fortan mit den neu eingefügten §§ 31 ff EGGVG eine Rechtsgrundlage für die Kontaktsperre bot.

Durch den Entführungsfall Schleyer und die vorangegangene Entführung des Berliner CDU-Vorsitzenden Lorenz war klar geworden, daß eine wie auch immer geartete Kommunikation zwischen Tätern und den Inhaftierten, die durch die erpresserische Geiselnahme befreit werden sollten, die Erfolgsaussichten der Aktion verbesserte. Deshalb erschien es ratsam, jeglichen Kontakt zu unterbinden, um damit die

454) vgl. Begründung des Gesetzentwurfs vom 28.9.1977, BT-Dr 8/935, S. 5; H.J. Vogel, NJW 1978, 1222 f; BGH, NJW 1977, 2172 ff

455) so der BGH, NJW 1977, 2172 ff; vgl. dazu unten IV., Exkurs

456) BGBl I, 1877; zum Verlauf des Gesetzgebungsverfahrens im einzelnen H.J. Vogel, NJW 1978, 1222 f

Chance zu vergrößern, die begonnene aber noch unbeendigte Tat ohne Schaden für das Opfer abzuwehren.⁴⁵⁷⁾

Die §§ 31 ff EGGVG dienen also dem Schutz menschlichen Lebens - Art. 2 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 Satz 2 GG - und wollen es ihs. vor rechtswidrigen Eingriffen bewahren; daneben sollen auch die Grundrechte auf körperliche Unversehrtheit und auf persönliche Freiheit - Art. 2 Abs. 1 Satz 1 und 2 GG - geschützt werden, allesamt Rechtsgüter von hohem Rang. Ihr Schutz liegt grundsätzlich auch im Interesse der Allgemeinheit.⁴⁵⁸⁾ Darüberhinaus bezweckt das Gesetz, den Handlungsspielraum der durch eine Entführung unter Druck gesetzten staatlichen Stellen zu vergrößern und sie dadurch eher in die Lage zu versetzen, auch in derartigen Situationen ihrer verfassungsrechtlichen Verpflichtung gemäß die Durchführung eingeleiteter Strafverfahren und die Vollstreckung rechtskräftig erkannter Strafen sicherzustellen.⁴⁵⁹⁾

In § 34 EGGVG hat der Gesetzgeber detaillierte Regelungen getroffen, durch die bleibende Nachteile für die von einer Kontaktsperre Betroffenen vermieden werden sollen. So bestimmt § 34 EGGVG u.a., daß in einem laufenden Verfahren während der Kontaktsperre eine Hauptverhandlung weder stattfinden noch fortgesetzt werden kann (Abs. 3 Nr. 6), daß auch andere gerichtliche Verfahren, in denen der Gefangene Partei oder Beteiligter ist, unterbrochen werden (Abs. 4) und daß gegen den Gefangenen laufende Fristen gehemmt werden (Abs. 2).

457) vgl. dazu die von der Bundesregierung im November 1977 herausgegebene Dokumentation zu den Ereignissen und Entscheidungen im Zusammenhang mit der Entführung von H.M. Schleyer und der Lufthansa-Maschine "Landshut".

458) vgl. BVerfG DVBl 1978, 740

459) vgl. BVerfG a.a.O.

1. Die Auffassung des Bundesverfassungsgerichts zur
Verfassungsmäßigkeit der §§ 31 ff EGGVG

In seinem Beschluß vom 1.8.1978⁴⁶⁰⁾ hat das Bundesverfassungsgericht das Kontaktsperregesetz für verfassungsgemäß erklärt.

Das Gericht ging davon aus, daß durch die Verhängung einer Kontaktsperre die Grundrechte der betroffenen Gefangenen aus Art. 1,2,3,5,6 und 17 GG berührt seien. Soweit mit einer Kontaktsperre einschneidende Eingriffe in diese Grundrechte verbunden seien, seien dadurch jedoch die durch die Grundrechte gezogenen Grenzen nicht überschritten und sei ihs. auch der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht verletzt. Das Kontaktsperregesetz bezwecke vor allem, zum Schutze einer gefährdeten Person eine gefahrerhöhende Einflußnahme Gefangener auf die Ereignisse außerhalb der Haftanstalt zu unterbinden. Hierzu sei es unter den im einzelnen geregelten Voraussetzungen generell geeignet und erforderlich. Es sei kein anderes Mittel ersichtlich (wie z.B. Verwendung von Trennscheiben oder die vorübergehende Überwachung auch der Verteidigergespräche), das das gesetzgeberische Ziel ebenso gut verwirklichen könne und die betroffenen Gefangenen dabei weniger belaste. Ihs. durch die zeitliche Begrenzung einer Kontaktsperre sei auch hinreichend sichergestellt, daß die nach dem Gesetz zulässigen Maßnahmen die Gefangenen nicht übermäßig belasteten.

Ferner führt das Gericht aus, daß, soweit durch das Kontaktsperregesetz möglicherweise Beschränkungen der Grundrechte von Verteidigern auf freie Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 GG) erfolgen, diese als "vorübergehende, in der Regel nicht schwerwiegende und bei der Verwirklichung des gesetzgeberischen Ziels unvermeidbare Nebenfolgen im Interesse des Gemeinwohls grundsätzlich hinzunehmen" seien.

460) BVerfG m.a.O.

2. Kritik

Diese Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts sind jedoch nicht in allen Punkten überzeugend.

a) Das Grundrecht des Anwalts aus Art. 12 Abs. 1 GG

So ist es zunächst unzutreffend, wenn das Gericht davon ausgeht, daß ein mit der Kontaktsperre verbundener Eingriff in das Grundrecht des Verteidigers aus Art. 12 Abs. 1 GG eine bloße Nebenfolge dieser Maßnahme sei. Denn gerade auch auf die Unterbrechung jeglichen Kontakts zwischen inhaftiertem Beschuldigtem und seinem Verteidiger kam es dem Gesetzgeber an, da zumindest nicht auszuschließen war, daß einige Verteidiger als "Nachrichtenübermittler" fungiert hatten.⁴⁶¹⁾

Im Ergebnis ist dem Bundesverfassungsgericht jedoch insoweit zuzustimmen. Wegen des Umstandes, daß Zweifel an der Integrität einiger Verteidiger erhoben werden mußten, ist die Einbeziehung des Kontaktes zwischen Beschuldigtem und Verteidiger in die Kontaktsperre tatsächlich unumgänglich und sachgerecht. Ferner wird wegen der Befristung der Kontaktsperre und den Schutzbestimmungen des § 34 EGGVG die Verteidigungsführung seitens des betroffenen Verteidigers nur zeitweilig unterbrochen und nicht wesentlich beschränkt, so daß in Anbetracht der abzuwehrenden Gefahren der Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG mit dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit in Einklang steht.

b) Das Grundrecht des Beschuldigten auf umfassende Verteidigung

Auch im Ergebnis zu kritisieren sind die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zur Verhältnismäßigkeit

⁴⁶¹⁾ Dies sagt das BVerfG in seiner Entscheidung an anderer Stelle selbst; vgl. auch BGH, NJW 1977, 2172

des Eingriffs in die Grundrechte des Beschuldigten auf Beistand durch einen Verteidiger in allen Verfahrenslagen. Dieses Recht des Gefangenen wird ihm durch eine Kontaktsperre für eine bestimmte Zeit völlig genommen. Dies führt zwar aufgrund der Schutzbestimmungen des § 34 EGGVG im allgemeinen zu keinen wesentlichen Nachteilen in laufenden Verfahren. Jedoch kann es trotz des § 34 EGGVG dann zu einer ganz erheblichen Benachteiligung kommen, wenn ein Beschuldigter zu Unrecht einer Straftat nach § 129 a StGB verdächtigt und unmittelbar vor Verhängung einer Kontaktsperre in Untersuchungshaft genommen wird und anschließend sofort unter diese Maßnahme fällt. Einem solchen Beschuldigten ist es verwehrt, mit Hilfe eines Verteidigers die ungerechtfertigten Verdachtsmomente zu entkräften, seine Unschuld zu beweisen und dadurch die schnelle Haftentlassung zu erreichen. Vielmehr muß er zunächst mindestens für die Dauer der Kontaktsperre unschuldig in Haft verbringen. Es wäre lebensfremd, davon auszugehen, daß dieser Beschuldigte stets auch allein aus der Haft heraus mit Hilfe der Verfolgungsbehörden den Beweis seiner Unschuld führen könnte. Gerade ein Fall jüngster Vergangenheit⁴⁶²⁾ hat gezeigt, daß es oftmals nur den eifrigsten Bemühungen von Verteidigern zu verdanken ist, daß ein zu Unrecht bestehender Verdacht entkräftet und die Haftentlassung des Be-

462) Am 1.8.1977 - zwei Tage nach der Ermordung des Industriellen Jürgen Ponto - wurde die Studentin Eleonore Poensgen verhaftet, weil sie auf einem Polizeifoto von der Witwe Pontos als eine der an dem Mordanschlag Beteiligten vermeintlich erkannt worden war. Nur durch eine Plakataktion gelang es den Verteidigern Eleonore Poensgens, völlig neutrale Zeugen ausfindig zu machen, die das Alibi der Beschuldigten bestätigen konnten; daraufhin wurde sie nach sieben Tagen aus der U-Haft entlassen. Mittlerweile ist das Ermittlungsverfahren gegen E. Poensgen eingestellt. - vgl. Frankfurter Rundschau, Ausgabe vom 4.8.1977; Frankfurter Allgemeine Zeitung, Ausgabe vom 8.8.1977 und Süddeutsche Zeitung, Ausgabe vom 14.9.1978

schuldigten erreicht wird. Unter Umständen wäre auch in diesem Fall die Herbeischaffung von Entlastungszeugen nicht mehr möglich gewesen, wenn vor dem Tätigwerden der Verteidiger die Dauer einer Kontaktsperre von möglicherweise mehreren Wochen hätte abgewartet werden müssen.

Folglich kann eine Kontaktsperre durchaus zu einer ganz erheblichen Beeinträchtigung eines Beschuldigten führen, die auch durch die Regelung des § 34 EGGVG nicht vermieden wird.

Dieser einschneidende Eingriff in die Grundrechte eines Beschuldigten hätte aber vermieden werden können, ohne gleichzeitig den Zweck einer Kontaktsperre zu gefährden. Die Kontaktsperre hätte so ausgestaltet werden können, daß zwar auch jeglicher Kontakt der Beschuldigten mit ihren Wahlverteidigern unterbrochen wird, daß aber für die Dauer der Maßnahme auf Antrag oder von Amts wegen ein anderer Verteidiger bestellt wird, der z.B. vom Gericht ausgewählt und dem die Versicherung abgenommen wird, nur Verteidigungsfragen mit dem Beschuldigten zu erörtern und keinerlei Dinge, die mit den die Kontaktsperre auslösenden Ereignissen in Zusammenhang stehen.⁴⁶³⁾ Daß ein solcher, über jeden Verdacht der Konspiration erhabener Verteidiger den Zweck einer Kontaktsperre gefährden könnte, ist nicht erkennbar. Andererseits hätte damit der Beschuldigte stets einen Rechtsbeistand, der ihn in tatsächlich dringenden Verteidigungsangelegenheiten nach besten Kräften unterstützen könnte.

Da die Möglichkeit der Hinzuziehung eines Rechtsbeistandes in allen Verfahrenssituationen fundamentale Voraussetzung für ein rechtsstaatliches Strafverfahren ist, ist nicht einsichtig, warum der Gesetzgeber die Bereitstellung eines solchen "Ersatzverteidigers" bei der Kon-

463) Ein solcher "Ersatzverteidiger" wird auch vom BGH in seinem Beschluß vom 23.9.1977 - NJW 1977, 2172 f - vorgeschlagen.

taktsperre nicht vorgesehen hat. Durch einen Ersatzverteidiger könnten die mit einer Unterbrechung des Kontaktes zum Anwalt des Vertrauens verbundenen Beeinträchtigungen des Beschuldigten zwar auch nicht vollständig, aber doch zu einem ganz erheblichen Teil vermieden werden.

Die mit dem Kontaktsperregesetz verbundene gesetzgeberische Zielsetzung hätte also ebenso wirksam, jedoch auf den betroffenen Beschuldigten weniger belastende Art und Weise verwirklicht werden können und verstößt somit gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit.⁴⁶⁴⁾

Daß das Bundesverfassungsgericht demgegenüber den zeitweiligen völligen Entzug eines Rechtsbeistands als verhältnismäßigen Eingriff in die Grundrechtspositionen der betroffenen Beschuldigten betrachtet, kann nur damit erklärt werden, daß es bei seinen Erwägungen die Möglichkeit der Bereitstellung eines "Ersatzverteidigers" nicht berücksichtigt hat, obgleich bereits in einem Beschluß des Bundesgerichtshofs vom 23.9.1977⁴⁶⁵⁾ auf die Notwendigkeit einer solchen Maßnahme hingewiesen wurde.

3. Ergebnis

Die in den §§ 31 ff EGGVG enthaltene Möglichkeit der zeitweiligen Unterbrechung jeglichen Kontakts des inhaftierten Beschuldigten auch mit seinem Verteidiger ohne gleichzeitige Bereitstellung eines "Ersatzverteidigers"

⁴⁶⁴⁾ Auch Bundesinnenminister Gerhart Baum vertrat in einem Interview - abgedruckt im "Stern", Heft 42/1978, S. 32 ff - die Auffassung, daß das Kontaktsperregesetz novellierungsbedürftig sei, da grundsätzlich auch während der Kontaktsperre mündlicher Kontakt zwischen Inhaftierten und Anwälten zugelassen werden müsse; vgl. auch Rudolphi, JA 1979, 1 ff, 9

⁴⁶⁵⁾ NJW 1977, 2172 f

verstößt entgegen der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und stellt somit einen verfassungswidrigen Eingriff in das Grundrecht des Beschuldigten auf umfassende Verteidigung (Art. 103 Abs. 1 GG) dar.

Das Grundrecht des betroffenen Wahlverteidigers auf freie Berufsausübung (Art. 12 Abs. 1 GG) wird durch die §§ 31 ff BGGVG nicht verletzt.

IV. Exkurs: § 34 StGB als Rechtsgrundlage für hoheitliche Eingriffe?

Wie bereits eingangs der Ausführungen zum sog. Kontaktsperregesetz erwähnt,^{465a)} wurde bis zum Inkrafttreten dieser Regelungen versucht, die zuvor bereits verhängte Kontaktsperre durch Berufung auf den Grundgedanken des rechtfertigenden Notstandes zu legitimieren.^{465b)} Darüberhinaus liegen weitere Fälle vor, in denen staatliche Behörden außerhalb bestehender gesetzlicher Eingriffsermächtigungen handelten und sich zur Rechtfertigung auf § 34 StGB beriefen. Die bekanntesten sind die Abhöraktion im sog. Traube-Fall⁴⁶⁶⁾ und die heimliche Überwachung von Gesprächen zwischen Verteidigern und Beschuldigten in der Strafvollzugsanstalt Stuttgart-Stammheim.⁴⁶⁷⁾ ⁴⁶⁸⁾

Auch wenn die Kontaktsperre nunmehr eine gesetzliche Grundlage hat, besteht angesichts dieser Praxis dennoch genug Anlaß zu der Vermutung, daß möglicherweise auch zukünftig in unvorhergesehenen kritischen Situationen auf den rechtfertigenden Notstand zurückgegriffen wird, um gesetzlich nicht erlaubte, jedoch zweckmäßig und dringlich erscheinende Maßnahmen zu rechtfertigen, durch die i. b. auch Rechte des Beschuldigten und seines Verteidigers beeinträchtigt sein könnten.

^{465a)} s. o. S. 140

^{465b)} vgl. BGH, NJW 1977, 2172 ff

⁴⁶⁶⁾ siehe dazu die Erklärung der Bundesregierung vom 16. 3. 1977, Bulletin der Bundesregierung Nr. 27 vom 18. 3. 1977, S. 243 f

⁴⁶⁷⁾ siehe dazu die Erklärung des Baden-Württembergischen Justizministers Bender vor dem Landtag am 24. 3. 1977, 24. Sitzung, LT-Prot. 7. S. 1444

⁴⁶⁸⁾ weitere Beispiele für die Heranziehung des § 34 StGB als Eingriffsnorm bieten zwei OLG-Urteile: OLG München - NJW 1972, 2275 - bzgl. einer unerlaubten Hausdurchsuchung und OLG Frankfurt - NJW 1975, 271 - bzgl. einer unerlaubten Blutentnahme

Infolgedessen soll hier im Rahmen eines die Problematik keineswegs erschöpfenden Exkurses der Frage nachgegangen werden, ob ein solches Vorgehen tatsächlich rechtmäßig sein, § 34 StGB also in Ausnahmefällen als öffentlich-rechtliche Eingriffsnorm dienen kann.⁴⁶⁹⁾

§ 34 StGB ist ein Rechtfertigungsgrund im Bereich strafrechtlicher Verantwortlichkeit.⁴⁷⁰⁾ Die Erlaubnis "Du darfst ausnahmsweise" richtet sich an jedermann und enthält demnach kein staatliches Sonderrecht.⁴⁷¹⁾ Da das öffentliche Recht aber nach heute herrschender Lehre⁴⁷²⁾ als Sonderrecht der staatlichen Hoheitsträger zu definieren ist, kann § 34 StGB jedenfalls nicht als spezifisch öffentlich-rechtliche Eingriffsermächtigung angesehen werden.⁴⁷³⁾ Berücksichtigt man ferner, daß die im allgemeinen Verwaltungsrecht der Verwaltung eingeräumte Freiheit der Formenwahl ihres Vorgehens⁴⁷⁴⁾ auf den Bereich der Leistungsverwaltung beschränkt ist⁴⁷⁵⁾ und der Staat demgegenüber bei der Eingriffsverwaltung nicht auf das Privatrecht ausweichen⁴⁷⁶⁾ und sich dadurch den öffentlich-rechtlichen Bindungen zu entziehen versuchen darf,⁴⁷⁷⁾ so

469) Eine ausführlichere Erörterung dieser Problematik findet sich bei Amelung, NJW 1977, 833 ff (auf die sich die folgenden Ausführungen wesentlich stützen); M. Schröder, AöR 103 (1978), 121 ff; Böckenförde, NJW 1978, 1881 ff; vgl. auch Schwabe, JZ 1974, 634 ff; derselbe, NJW 1977, 1902 ff; Lange, NJW 1978, 785 f; Evers, ZRP 1970, 147 ff

470) vgl. dazu allgemein Jescheck, Strafrecht, S. 288 ff

471) vgl. Amelung, NJW 1977, 834; derselbe, NJW 1978, 623

472) der sog. "Subjektstheorie"; vgl. dazu H.J. Wolff, AöR 76 (1950/51), 205 ff; Wolff-Bachof, VerwR I, S. 99 ff

473) so zutreffend Amelung, NJW 1977, 834

474) vgl. Erichsen-Martens, Allgemeines Verwaltungsrecht, S. 235 ff

475) vgl. BGHZ 9, 145, 147

476) vgl. Herbert Krüger, DVBl 1955, 384

477) vgl. Erichsen-Martens, a.a.O., S. 236 f; Ossenbühl, DÖV 1971, 519

folgt daraus das Verbot, staatliche Eingriffe auf § 34 StGB als eine nicht öffentlich-rechtliche Erlaubnisnorm zu stützen.⁴⁷⁸⁾

Eine Übertragung der Erlaubnis des § 34 StGB als allgemeiner Grundsatz ins öffentliche Recht zur Ausfüllung einer Lücke in den Eingriffsermächtigungen ist ebenfalls nicht möglich; dem steht der Grundsatz vom Vorbehalt des Gesetzes für Eingriffe in die Individualsphäre des Bürgers⁴⁷⁹⁾ entgegen. Denn wenn auch im Bereich staatlicher Eingriffsermächtigungen ein Verbot der Analogie zuungunsten des Bürgers umstritten ist,⁴⁸⁰⁾ so muß aus dem Prinzip des Vorbehalts des Gesetzes doch zumindest der Schluß gezogen werden, daß zur Lückenfüllung Grundsätze nicht öffentlich-rechtlicher Rechtsgebiete nicht herangezogen werden können.⁴⁸¹⁾ Öffentlich-rechtliche Eingriffsermächtigungen sind als abschließende Regelungen der Eingriffsbefugnisse des Staates zu verstehen,⁴⁸²⁾ deren Grenzen allenfalls durch ihren Zweck erweitert werden können, nicht aber durch eine "artfremde" Vorschrift, in der die Zwecke der öffentlich-rechtlichen Regelung des betreffenden Sachgebietes keinerlei Niederschlag gefunden haben.⁴⁸³⁾

Darüberhinaus würde die Anerkennung des § 34 StGB als öffentlich-rechtliche Befugnisnorm ein Aufbrechen des geltenden Organisations- und Kompetenzrechts bewirken. Das Fehlen einer organisationsrechtlichen Zuordnung und Be-

478) vgl. Amelung, NJW 1977, 834; a.A. Schwabe, JZ 1974, 634 ff

479) zu diesem Prinzip vgl. etwa Hesse, Verfassungsrecht, S. 204 f; Stein, Staatsrecht, S. 51

480) vgl. Anschütz, VerwArch 14 (1906), 329 f einerseits und Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 167 andererseits

481) vgl. Amelung, NJW 1977, 836

482) vgl. A. Arndt, Gesammelte juristische Schriften, S. 162 f; Badura, EvStL, "Verfassung", Sp. 2716 f; Hesse, Verfassungsrecht, § 1, III; C. Schmitt, Verfassungslehre, S. 38 ff und 126 f; Stern, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, S. 75; Amelung, NJW 1977, 836; Böckenförde, NJW 1978, 1883

483) vgl. Amelung, NJW 1977, 836

grenzung für die Anwendung des § 34 StGB ergabe eine Generalbevollmächtigung für alle Organe, sich in Ausnahmefällen über die gesetzliche Begrenzung ihrer Eingriffsbefugnisse hinwegzusetzen.⁴⁸⁴⁾ Dies verstieße gegen die Grundstruktur einer rechtsstaatlichen Verfassung, die eine verbindliche und abschließende Regelung der Handlungsbefugnisse staatlicher Organe darstellt.⁴⁸⁵⁾ Für den Bereich des Staatsnotrechts bestehen seit 1968 detaillierte verfassungsrechtliche Sonderregelungen, die den Schutz gefährdeter öffentlicher Interessen abschließend regeln;⁴⁸⁶⁾ während man in sonstigen Notfällen mit den normalen gesetzlichen Mitteln, vor allem des Polizeirechts auskommen wollte.⁴⁸⁷⁾ Da die Anwendung des § 34 StGB im öffentlichen Recht aber auf nichts anderes als die Schaffung eines Staatsnotrechts hinausliefe,⁴⁸⁸⁾ wäre die gesamte Notstandsdebatte und -gesetzgebung überflüssig gewesen.

Die Anerkennung des rechtfertigenden (früher: übergesetzlichen) Notstandes - auf Verfassungsebene zum überverfassungsmäßigen Notstand transponiert - als öffentlichrechtliche Eingriffsnorm "bedeutet so nichts anderes als die Auflösung der Integrität der rechtsstaatlichen Verfassung und die Preisgabe des Prinzips des Verfassungs-

-
- 484) vgl. Böckenförde, NJW 1978, 1883; Schröder, AöR 103 (1978), 121 ff, 137; Amelung, NJW 1977, 837
- 485) vgl. Böckenförde, NJW 1978, 1883 und die weiteren in Fußnote 482) genannten Autoren
- 486) dies ist jedoch umstritten, vgl. dazu Schröder, a.a. O., S. 133 ff
- 487) vgl. Amelung, NJW 1977, 838; zur damaligen Auseinandersetzung über die Notstandsgesetze vgl. z.B. Evers, AöR 91 (1966), 1 ff, 191 ff; Schäfer, AöR 93 (1968), 37 ff; Hesse, Das neue Notstandsrecht der Bundesrepublik Deutschland, S. 18 ff
- 488) vgl. Amelung, NJW 1977, 838; derselbe, NJW 1978, 624

staats."⁴⁸⁹⁾

Sollte im Einzelfall das staatliche Eingriffsinstrumentarium sich als nicht ausreichend erweisen, so ist dies sicherlich unbefriedigend, muß aber im Interesse der Rechtsstaatlichkeit bis zu entsprechenden gesetzgeberischen Reaktionen hingenommen werden. Denn Inhalt des Rechtsstaatsprinzips - dessen Wahrung im öffentlichen Interesse liegt - ist ja gerade, "daß reines Zweckmäßigkeitsdenken nicht einfach die schützenden Formen des öffentlichen Rechts beiseite schieben darf."⁴⁹⁰⁾

Festzuhalten ist, daß § 34 StGB - wie auch andere, an jedermann gerichtete Rechtfertigungsgründe⁴⁹¹⁾ - untauglich ist,⁴⁹²⁾ eine fehlende Rechtsgrundlage für staatliche Eingriffe in Rechte der Bürger und damit auch des Beschuldigten und seines Verteidigers zu ersetzen.⁴⁹³⁾

489) Böckenförde, NJW 1978, 1883 f, der sich in Fn. 27 auf einen Satz A. Arndts beruft: "Alles Spekulieren mit einem 'überverfassungsgesetzlichen Notstand' als einer Erlaubnis zu Maßnahmen, die nicht von der urkundlichen Verfassung gerechtfertigt werden, ist nichts als eine verwerfliche Beschönigung des Verfassungsbruchs, des Verfassungsverrats." - in: A. Arndt - M. Freund, Notstandsgesetze - aber wie?, S. 13

490) Amelung, NJW 1977, 838

491) wie etwa § 32 StGB, §§ 228, 904 BGB

492) Darüberhinaus bliebe zu prüfen, ob § 34 StGB als Eingriffsnorm dem im öffentlichen Recht geltenden Bestimmtheitsgebot genügt.

493) vgl. auch BVerfGE 33, 1, 17: "Es besteht jedoch kein Gesetz, welches es den Staatsorganen erlauben würde, Briefe ... anzuhalten ... Auch der in Rechtsprechung und Literatur herangezogene Gesichtspunkt der Notwehr und Nothilfe vermag an diesem Ergebnis nichts zu ändern; denn mit der Befugnis der Anstaltsleitung, Post zu kontrollieren, ist jedenfalls nicht ohne weiteres das Recht verbunden, zum Schutz der Ehre Dritter tätig zu werden. Die staatlichen Organe dürfen also nicht in dieser Eigenschaft ohne spezielle Ermächtigung in den grundrechtsgeschützten Raum der Bürger eindringen."

V. § 137 Abs. 1 Satz 2 StPO - Beschränkung der Zahl
der Verteidiger auf drei

Durch das Ergänzungsgesetz vom 20.12.1974⁴⁹⁴⁾ wurde dem § 137 Abs. 1 StPO ein neuer Satz 2 angefügt, der bestimmt, daß die Zahl der gewählten Verteidiger drei nicht übersteigen darf.

Diese vom Bundesrat initiierte Regelung⁴⁹⁵⁾ wurde damit begründet, daß das Recht des Angeklagten, sich durch mehrere Verteidiger vertreten zu lassen, zum Zwecke der Prozeßverschleppung oder Prozeßvereitelung mißbraucht werden kann. Um dies zu verhindern, wurde eine Begrenzung der Zahl der Verteidiger für notwendig gehalten.⁴⁹⁶⁾

In seinem Urteil vom 11.3.1975⁴⁹⁷⁾ erklärte das Bundesverfassungsgericht § 137 Abs. 1 Satz 2 StPO für verfassungsgemäß.

1. Das Erfordernis einer effektiven Rechtspflege

Daß die Möglichkeit der Wahl einer unbeschränkten Anzahl von Verteidigern zur Prozeßverschleppung oder Prozeßvereitelung mißbraucht werden kann, liegt auf der Hand. Baumann⁴⁹⁸⁾ weist darauf hin, daß vor Inkrafttreten des neuen § 137 Abs. 1 Satz 2 StPO die Absicht einiger Angeklagter in sog. Terrorismusverfahren bekannt geworden war, mit über 50 Verteidigern anzutreten; auf diese Weise könne jedes Verfahren "kaputt gemacht werden". In dem

494) BGBl I, S. 3686

495) vgl. Stellungnahme des Bundesrates zum Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 6.9.1974, BT-Dr 7/2526, S. 29 f

496) vgl. Stellungnahme des Bundesrates, a.a.O.

497) BVerfGE 39, 156 ff

498) in ZRP 1975, 38 ff, 42

Verfahren vor dem OLG Stuttgart gegen Baader u.a. hatte jeder Angeklagte zwischen 10 und 14 Wahlverteidiger, daneben standen jedem Angeschuldigten 7 Pflichtverteidiger zur Seite; im Verfahren vor dem LG Kaiserslautern gegen Grashof u.a. hatte jeder der Angeschuldigten 15 gemeinschaftlich auftretende Wahlverteidiger; in zwei weiteren Verfahren hatten die Angeschuldigten 13 und 16 Verteidiger.⁴⁹⁹⁾ Eine solche Massierung von Verteidigern ist in der Tat geeignet, jeden geordneten Verfahrensablauf zu verhindern,⁵⁰⁰⁾ so daß ein Bedürfnis nach der Begrenzung der Zahl der Verteidiger anerkannt werden muß.

Wie das Bundesverfassungsgericht⁵⁰¹⁾ zu Recht feststellt, entspricht die Beschränkung der Verteidigerzahl somit dem aus dem Rechtsstaatsprinzip fließenden Gebot der Aufrechterhaltung einer effektiven Strafrechtspflege.

2. Das Recht des Beschuldigten auf effektive Verteidigung

Auf der anderen Seite wird dadurch das Interesse des Beschuldigten auf umfassende und effektive Verteidigung berührt.

Ein Recht des Beschuldigten auf Hinzuziehung einer beliebigen Anzahl von Verteidigern besteht jedoch nicht. Art. 103 Abs. 1 GG gewährleistet lediglich, daß ihm eine wirksame Verteidigung durch einen frei gewählten Verteidiger des Vertrauens erhalten bleiben muß. Gleiches gilt für das Prinzip der Waffengleichheit.⁵⁰²⁾

Eine umfassende und effektive Verteidigung ist aber

499) vgl. BVerfGE 39, 157

500) vgl. H.J. Vogel, NJW 1978, 1224

501) E 39, 156 ff

502) siehe oben 2. Teil, II. 6. c)

auch bei einer begrenzten Verteidigerzahl grundsätzlich möglich.

Problematisch könnte nur sein, daß die Zahl der zulässigen Verteidiger auf lediglich drei begrenzt wurde. So meint z.B. Schmidt-Leichner,⁵⁰³⁾ daß in Großverfahren (wie dem Contergan-Prozeß) durchaus ein berechtigtes Interesse des Angeklagten bestehen könne, mehr als drei Verteidiger zu bestellen. Demgegenüber ist es Auffassung des Gesetzgebers⁵⁰⁴⁾ und des Bundesverfassungsgerichts,⁵⁰⁵⁾ daß auch in sog. Monsterprozessen zur umfassenden Verteidigung des Beschuldigten in keinem Fall mehr als drei Verteidiger notwendig seien. Welche Auffassung richtig ist, kann hier nicht eindeutig ermittelt werden und ist letztlich eine Frage der Wertung. Aber angesichts dessen, daß bei besonders umfangreichen und schwierigen Prozessen regelmäßig auch eine entsprechend überlange Vorbereitungszeit und Verhandlungsdauer gegeben ist, erscheint die Ansicht des Bundesverfassungsgerichts, wonach den Belangen des Beschuldigten mit drei Verteidigern Genüge getan ist, gut vertretbar.

3. Das Recht des Anwalts aus Art. 12 Abs. 1 GG

§ 137 Abs. 1 Satz 2 StPO greift in das Recht des Anwalts aus Art. 12 Abs. 1 GG auf freie Berufsausübung ein, in dem ihm die vorher bestandene Möglichkeit genommen wird, neben drei gewählten Verteidigern als weiterer Wahlverteidiger tätig zu sein. Dieser Eingriff ist jedoch offenkundig durch den Regelungsvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG gedeckt. Gegenüber dem rechtsstaatlichen Gebot

503) NJW 75, 417, 419

504) vgl. Bericht des Rechtsausschusses, BT-Dr 7/2989

505) in E 39, 156 ff

der Sicherung einer effektiven Strafrechtspflege ist die mit der Regelung des § 137 Abs. 1 Satz 2 StPO verbundene Beeinträchtigung der Berufsausübungsfreiheit von keinem nennenswerten Gewicht. Anhaltspunkte für eine Verletzung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sind nicht ersichtlich.

4. Ergebnis

Die Beschränkung der Zahl der Verteidiger ist grundsätzlich verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Der Frage, ob nicht möglicherweise im Interesse des Beschuldigten eine höhere Zahl als drei hätte festgelegt werden müssen,⁵⁰⁶⁾ kann mangels hinreichender Anhaltspunkte an dieser Stelle nicht weiter nachgegangen werden.

506) auch die Stellungnahme des Bundesrates - BT-Dr 7/2526 f - sah ja zunächst noch eine Anzahl von fünf zulässigen Verteidigern vor.

verfassungsgericht fest, das Verbot gemeinschaftlicher Verteidigung sei auch insoweit mit dem Grundgesetz vereinbar, als es nach § 46 Abs. 1 OWiG sinngemäß in Bußgeldverfahren anzuwenden ist.

Zur Begründung führt das Gericht an, daß die Gefahr von Interessenkollisionen ebenso wie in Strafverfahren in allen Bußgeldverfahren bestehe, in denen ein Fall von gemeinschaftlicher Verteidigung gegeben sei. Die Unterschiede zwischen Strafverfahren und Bußgeldverfahren seien nicht von der Art, daß sich daraus durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken herleiten ließen.

Ob der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts zugestimmt werden kann, soll im folgenden abs. an Hand der vom Bundesverfassungsgericht selbst entwickelten Kriterien für die Zulässigkeit einer Berufsausübungsregelung untersucht werden.

2. Stellungnahme

a) Verstoß gegen Art. 12 Abs. 1 GG?

Das Verbot der Verteidigung mehrerer Beschuldigter in einem Strafverfahren stellt als Berufsausübungsregelung einen Eingriff in das Grundrecht des Anwalts aus Art. 12 Abs. 1 GG dar; es schließt ihn von vorneherein von der Verteidigung von mehr als einem Beschuldigten in einem Verfahren aus. Eine solche Regelung ist aufgrund des Regelungsvorbehalts des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG grundsätzlich möglich, hat jedoch bestimmten Anforderungen zu genügen.

Zu den Anforderungen, die eine Berufsausübungsregelung zu erfüllen hat, führt das Bundesverfassungsgericht⁵¹³⁾

513) in E 15, 226, 234

aus: "Das Bundesverfassungsgericht geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, daß bei Eingriffen in die Berufsfreiheit die Bedeutung der einander gegenüberstehenden Interessen des einzelnen und der Gemeinschaft abzuwägen sind und daß hieraus ein Gebot der Differenzierung folgt (vgl. BVerfGE 7, 377, 405). Auch bei Eingriffen in die Freiheit der Berufsausübung, bei denen grundsätzlich ein erheblich weiterer Spielraum besteht als bei solchen in die Berufswahl, gilt ein Verbot des Übermaßes: der Eingriff muß in einem vernünftigen Verhältnis zu dem gegebenen Anlaß und dem mit ihm verfolgten Zweck stehen, er darf nicht übermäßig belasten' (vgl. a.a.O. S. 406)."

Und speziell zu den Zulässigkeitsvoraussetzungen eines Ausschlusses von der Verteidigung, dem die hier zu prüfende Regelung des § 146 StPO gleichkommt, stellt das Gericht⁵¹⁴⁾ fest: "Selbst wenn es eine gesetzliche Grundlage gäbe, wäre nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und dem Verbot des Übermaßes (vgl. BVerfGE 19, 342, 348 f) der Ausschluß eines Rechtsanwalts von der Verteidigung gegen den Willen seines Mandanten ein so schwerwiegender Eingriff ..., daß er in jedem Fall nur dann ausgesprochen werden dürfte, wenn er durch die Umstände des besonderen Falls zwingend geboten wäre, um ein höherwertiges Rechtsgut zu schützen (vgl. BVerfGE 16, 214, 217 f)".

Der Auffassung des Bundesverfassungsgerichts und allgemeiner Ansicht zufolge sind also bei der Frage der Zulässigkeit des § 146 StPO die sich hier gegenüberstehenden Interessen, nämlich einmal das des einzelnen Anwalts an ungehinderter Ausübung seines Berufs, also auch der Möglichkeit der Verteidigung mehrerer Beschuldigter in einem Verfahren, und zum anderen das der Gemeinschaft, hier nach "Sicherung der Beistandsfunktion des Vertei-

514) in E 22, 114, 123

digers",⁵¹⁵⁾ gegeneinander abzuwägen. Die Regelung des § 146 StPO darf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht verletzen.

Die einzelnen vom Verhältnismäßigkeitsgrundsatz umfaßten Voraussetzungen wurden vom Bundesverfassungsgericht näher konkretisiert:

aa) Sachgerechte Erwägungen?

Erstes Erfordernis ist, daß der Gesetzgeber die freie Berufsausübung nur im Interesse des Gemeinwohls und nur zur Lösung solcher Sachaufgaben beschränkt, die ein Tätigwerden des Gesetzgebers überhaupt zu rechtfertigen vermögen und der Wertordnung des Grundgesetzes nicht widersprechen. Er muß den Eingriff in das Grundrecht mit sachgerechten und vernünftigen Erwägungen des Gemeinwohls begründen können und darf seine Rechtssetzungsmacht nicht zu sachfremden Zwecken mißbrauchen.⁵¹⁶⁾

Das ist für § 146 StPO zu bejahen. Die Sicherung der Beistandsfunktion des Verteidigers liegt im Interesse des Gemeinwohls und beruht auf sachgerechten und vernünftigen Erwägungen, da eine optimale Beistandsleistung bei Vorliegen einer Interessenkollision nicht mehr gewährleistet ist.

bb) Geeignet und erforderlich?

Weiterhin muß das gewählte Mittel geeignet und erforderlich sein, um den erstrebten Zweck zu erreichen. Das Mittel ist geeignet, "wenn mit seiner Hilfe der gewünschte Erfolg gefördert werden kann; es ist erforderlich, wenn der Gesetzgeber nicht ein anderes, gleichwirksames aber

515) BVerfGE 39, 156 ff; amtliche Begründung BR-Dr 348/74, S. 24

516) vgl. BVerfGE 30, 292, 316 mit Hinweis auf E 7, 377, 405 ff; 23, 50, 56

das Grundrecht nicht oder doch weniger fühlbar einschränkendes Mittel hätte wählen können."⁵¹⁷⁾

Daß das generelle Verbot gemeinschaftlicher Verteidigung zur Sicherung der Beistandsfunktion im Sinne der Vermeidung von Interessenkollisionen geeignet ist, liegt auf der Hand. Fraglich ist jedoch, ob § 146 StPO auch erforderlich ist, da die Normierung einer Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt die Berufsausübung des Anwalts "weniger fühlbar" beeinträchtigt hätte. Dazu meint das Bundesverfassungsgericht, wie bereits erwähnt, in seinem Urteil vom 11.3.1975,⁵¹⁸⁾ daß der Gesetzgeber nur dort zur Wahl des mildereren Mittels verpflichtet sei, wo auch der weitergehende, an sich zulässige Eingriff keinen besseren Erfolg verspricht. § 146 StPO gewährte im Gegensatz zu einem Ausschließungstatbestand einen vollständigen Schutz gegen Interessenkollisionen.

Diese Überlegung trifft zu, da eine Erlaubnis mit Verbotsvorbehalt immer die Möglichkeit einer Verteidigung mehrerer Beschuldigter trotz Vorliegens einer z.B. verdeckten Interessenkollision in sich birgt. Zwar liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, daß § 146 StPO a.F. zur Sicherung der Beistandsfunktion nicht ausgereicht hätte, doch ist der durch die Neuregelung erreichte Schutz ohne Zweifel größer.

cc) Gesamtabwägung

Schließlich erfordert der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit eine Gesamtabwägung zwischen der Schwere des Eingriffs und dem Gewicht und der Dringlichkeit der ihn rechtfertigenden Gründe; die Grenze der Zumutbarkeit muß noch gewahrt sein. "Je empfindlicher die Berufsausübenden

517) BVerfGE 30, 292, 316 mit Hinweis auf E 19, 330, 337; 25, 1, 17 f

518) in E 39, 156 ff

in ihrer Berufsfreiheit beeinträchtigt werden, desto stärker müssen die Interessen des Gemeinwohls sein, denen diese Regelung zu dienen bestimmt ist".⁵¹⁹⁾

Für eine solche Gesamtabwägung ist es notwendig, die sich hier gegenüberstehenden Interessen näher zu untersuchen.

aaa) Das Interesse des einzelnen

Das Verbot gemeinschaftlicher Verteidigung läuft darauf hinaus, daß der Verteidiger von vornherein von der Verteidigung von mehr als einem Beschuldigten in einem Verfahren ausgeschlossen ist, und zwar auch dann, wenn er eine Interessenkollision nicht für gegeben hält und die Beschuldigten einen gemeinsamen Verteidiger wünschen. Einen solchen Ausschluß hat das Bundesverfassungsgericht⁵²⁰⁾ als "die schärfste Maßnahme, die im Strafverfahren gegenüber dem Anwalt des Beschuldigten überhaupt in Betracht kommt", charakterisiert. Und in einer früheren Entscheidung⁵²¹⁾ heißt es: "Die Ausschließung des Verteidigers ersetzt die dem Anwalt selbst nach Auffassung des Gerichts durch seine Berufspflicht gebotene Niederlegung aus eigenem Entschluß. Sie enthält deshalb eine verbindliche Feststellung der im konkreten Fall gegebenen Berufspflicht und ist als solche ein erheblicher Eingriff in die Berufstätigkeit des Anwalts. Das Gericht muß die Wertentscheidung des Art. 12 Abs. 1 GG bei Anwendung dieser Maßnahme

519) BVerfGE 30, 292, 316 mit Hinweis auf E 11, 30, 42 f; 13, 97, 104 f; 23, 50, 56; 25, 1, 22

520) in E 34, 293, 302; zwar betraf diese Entscheidung die Zulässigkeit eines Verteidigerausschlusses nach wirksam erfolgter Aufnahme der Verteidigung, doch kann es hinsichtlich der Schwere des Eingriffs in anwaltliche Berufsfreiheit keinen Unterschied machen, ob ein Ausschluß erst nachträglich oder - wie durch § 146 StPO - von vornherein erfolgt.

521) BVerfGE 16, 214, 217

beachten und darf diese nur ergreifen, wenn sie durch die Umstände **zwingend geboten ist**".

Diese Rechtsprechung macht deutlich, daß der mit § 146 StPO verbundene Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit des Anwalts als äußerst schwerwiegend zu bewerten ist.

bbb) Das Gemeinschaftsinteresse

Dem gegenüber steht das mit § 146 StPO verfolgte Gemeinschaftsinteresse, nämlich die Sicherung der Beistandsfunktion des Verteidigers. Die Frage ist aber, inwieweit tatsächlich ein Bedürfnis nach einer solchen Sicherung besteht.

Liegt eine Interessenkollision vor, so ist eine optimale Beistandsleistung nicht mehr gewährleistet, dazu bedarf es keiner weiteren Ausführungen.

§ 146 StPO knüpft aber nicht an einer tatsächlich gegebenen und bewiesenen Interessenkollision an, sondern normiert pauschal das Verbot gemeinschaftlicher Verteidigung, in der Absicht, jegliche Möglichkeit einer Interessenkollision von vornherein zu unterbinden. Anlaß dieser Pauschallösung ist, daß nach Auffassung des Gesetzgebers "in der Regel die Gefahr einer Interessenkollision besteht";⁵²²⁾ nach Meinung des Bundesverfassungsgerichts⁵²³⁾ lasse sich diese Gefahr sogar "in keinem Fall ausschließen".

Die Annahme einer regelmäßig gegebenen Gefahr von Interessenkollisionen bei gemeinschaftlicher Verteidigung muß aber stark bezweifelt werden angesichts zahlreicher gegensätzlicher Stimmen. Nach Zuck⁵²⁴⁾ fällt es schwer, die Gefahr einer Interessenkollision als Regel auszugeben, da es zwar viele Fälle gäbe, in denen eine solche

522) BR-Dr 348/74, S. 24 f

523) in E 39, 156 ff

524) in NJW 1975, 434 ff

Gefahr naheliegt, jedoch auch "ungezählte Sachverhalte denkbar" seien, wo keine Interessenkollision angenommen werden muß. Als Beispiele für letzteres nennt er die Fälle der Nebentäterschaft, die Tatbestände der §§ 122, 125, 129 StGB, die Fälle mehrerer Beschuldigter wegen Meineids in derselben Sache, bei Verkehrsdelikten oder im Steuerstrafrecht.⁵²⁵⁾ Dünnebier zufolge⁵²⁶⁾ ist der Gesetzgeber bei Normierung des § 146 StPO über das Ziel hinausgegangen, da es zweifellos Fälle gäbe, in denen eine gemeinschaftliche Verteidigung nicht nur ohne Interessenkollision möglich ist, sondern gerade auch von den Beschuldigten gewünscht wird, etwa bei voll geständigen Eheleuten, die gemeinschaftlich die Verantwortung übernehmen wollen. Auch Roesen⁵²⁷⁾ meint, daß unterschiedliche Interessen zwar gegensätzlich sein könnten, es aber nicht sein müßten; auch bei unterschiedlichen Interessen im einzelnen könne ein Interesse an gemeinsamer Verteidigung gegeben sein. Krämer⁵²⁸⁾ vertritt die Auffassung, daß es sich der Gesetzgeber doch zu leicht gemacht habe, wenn er unterschiedliche Interessen von Mitbeschuldigten im Einzelfall zu einer generellen Gefahr von Interessenkollisionen hochstilisiere, er also gerade den Ausnahmefall verallgemeinere. Die gleiche Meinung vertritt Schmidt-Leichner.⁵²⁹⁾

Angesichts dieser kritischen Äußerungen erscheint die Argumentation des Gesetzgebers mit der regelmäßigen Ge-

525) Zuck, NJW 1975, 434 ff, weist auch zutreffend darauf hin, daß es keinen wesentlichen Unterschied macht, ob von Interessenkollision oder von ihrer Gefahr gesprochen wird, da nämlich der Begriff der Gefahr objektiviert ist, es also erkennbarer und bestimmter Tatsachen für den Eintritt eines Ereignisses - hier: Interessenkollision - bedarf.

526) in NJW 1976, 1 ff, 7

527) in AnwBl 75, 13

528) in NJW 1976, 1666

529) in NJW 1975, 419 Fn. 26

fahr einer Interessenkollision oder gar die Feststellung des Bundesverfassungsgerichts,⁵³⁰⁾ daß eine solche Gefahr in keinem Fall auszuschließen sei, kaum noch überzeugend.

Aber selbst wenn man mit dem Bundesverfassungsgericht davon ausgeht, daß die Möglichkeit einer Interessenkollision bei gemeinschaftlicher Verteidigung zumindest theoretisch immer besteht, so muß doch zugestanden werden, daß es sich - da unabhängig von den tatsächlichen Umständen des Einzelfalls vermutet - um eine abstrakte, in vielen Fällen weit entfernt gelegene Gefahr handelt. Somit stellt sich das pauschale Verbot des § 146 StPO dar als eine Präventivmaßnahme gegenüber einer abstrakten Gefährdung der Beistandsfunktion des Verteidigers.

ccc) Abwägung

Bei der in Hinblick auf den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vorzunehmenden Gesamtabwägung stehen sich also gegenüber ein schwerwiegender Eingriff in das Grundrecht der Berufsfreiheit und als Gemeinschaftsinteresse die präventive Sicherung der Beistandsfunktion des Verteidigers.

Zu fragen bleibt, ob die empfindliche Beeinträchtigung der Berufsausübungsfreiheit aufgrund des Gewichts und der Dringlichkeit des Gemeinschaftsinteresses noch zumutbar ist.

Hinsichtlich der Dringlichkeit der Neuregelung des § 146 StPO ist festzustellen, daß es eines pauschalen Verbots als "Radikallösung" nach überwiegender und zutreffender Meinung gar nicht bedurfte.⁵³¹⁾

⁵³⁰⁾ in E 39, 156 ff

⁵³¹⁾ vgl. Ulsenheimer, GA 75, 103 ff, 115; Krämer, NJW 76, 1664; Zuck, NJW 75, 435; Herrmann, JuS 76, 418; dafür spricht auch ein Blick über die Landesgrenzen hinaus: in Belgien, Dänemark, England, Frankreich, Italien, den Niederlanden, Österreich, Schweden und der Schweiz ist ein generelles Verbot der Mehrfachverteidigung unbekannt; vgl. die vom Bundesminister der Justiz her-

Die alte Regelung in Form eines Ausschließungstatbestandes reichte zur Sicherung der Beistandsfunktion des Verteidigers aus. Anhaltspunkte dafür, daß der alte §146StPO seiner Aufgabe nicht gewachsen gewesen ist, sind weder in den Kommentierungen noch in der Rechtsprechung zu dieser Bestimmung vorhanden. Auch dafür, daß die mit einer möglicherweise erst später - nach Mandatsaufnahme - auftretenden Interessenkollision und dem daraus resultierenden Ausscheiden des Verteidigers verbundenen prozessualen Umstände ein pauschales Verbot gemeinschaftlicher Verteidigung "dringlich" gemacht hätten, geben die Erfahrungen mit der alten Regelung keinerlei Anlaß. Gleiches gilt für die Überlegung, daß das Vorliegen einer Interessenkollision im Einzelfall für das Gericht u.U. nur schwer zu beurteilen sein könnte.

Folglich hat es zur Sicherung der Beistandsfunktion des Verteidigers eines generellen Verbots gemeinschaftlicher Verteidigung nicht bedurft; auf jeden Fall war eine solche Maßnahme nicht dringlich.

Im übrigen hat das Bundesverfassungsgericht selbst in einer früheren Entscheidung⁵³²⁾ eine Gesamtabwägung der durch eine Ausschließung des Verteidigers berührten Interessen vorgenommen und festgestellt, daß ein Ausschluß nur dann ausgesprochen werden dürfe, "wenn er durch die Umstände des besonderen Falles zwingend geboten wäre, um ein höherwertiges Rechtsgut zu schützen". Und speziell zur Zulässigkeit einer präventiven Ausschließung sagte das Gericht weiter: "Der Ausschluß würde praktisch auf eine bloße Prävention gegenüber einer entfernten - abstrakten - Gefährdung des Angeklagten hinauslaufen. Als Abwehrmaßnahme gegenüber einer solchen Gefährdung stellt der präven-

ausgegebene Broschüre "Die Rechtsstellung des Verteidigers im Strafverfahren. Ein europäischer Vergleich", S. 11

532) in BVerfGE 22, 114, 123 f

tive Ausschluß des Verteidigers einen unverhältnismäßigen und daher verfassungswidrigen Eingriff in das Grundrecht des Beschwerdeführers auf Berufsfreiheit dar".

Das gilt auch für die Regelung des § 146 StPO. Die präventive Sicherung der Beistandsfunktion des Verteidigers ist keinesfalls "zwingend geboten". Dem mit der Neuregelung verbundenen schwerwiegenden Eingriff in Art. 12 Abs. 1 GG stehen keine annähernd gleichgewichtigen Interessen dem Gemeinwohls gegenüber, so daß die Grenze der Zumutbarkeit nicht mehr gewahrt ist. § 146 StPO verletzt den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und ist somit ein verfassungswidriger Eingriff in das Grundrecht des Anwalts aus Art. 12 Abs. 1 GG.

dd) Zur Geltung des § 146 StPO in Bußgeldverfahren

Insoweit, als § 146 StPO über § 46 OWiG sinnngemäße Anwendung auch in Bußgeldverfahren findet, gilt dieses Ergebnis gleichermaßen. Zumal für diesen Bereich die Grundannahme des Gesetzgebers - regelmäßig gegebene Gefahr einer Interessenkollision - noch weniger glaubhaft ist als für das Strafverfahren. Ibs. bei Bußgeldverfahren in Kartellsachen gibt es in der Regel keine Interessenkollision. Bei Bußgeldbescheiden gegen eine Firma und ihre Organe liegt ein "untrennbarer Zusammenhang zwischen den einzelnen Lebenssachverhalten vor", und ergehen Bußgeldbescheide gegen mehrere Firmen, so liegt auch dann meist ein identischer Sachverhalt und "paralleles Verhalten" dieser Firmen zugrunde, so daß die Gefahr einer drohenden Interessenkollision nicht erkennbar ist.⁵³³⁾

Auch Schmidt-Leichner⁵³⁴⁾ betont, daß in OWi-Verfahren des Kartellrechts, in denen zuweilen mehrere tausend Betroffene durch denselben Anwalt vertreten würden, "abso-

533) so zutreffend Zuck, NJW 1975, 434

534) in NJW 1975, 419

lute Identität der Interessen" besteht, so daß eine "fingierte Interessenkollision schlechterdings nicht zu rechtfertigen ist".⁵³⁵⁾

b) Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG?

Nach zutreffender Ansicht des Bundesverfassungsgerichts⁵³⁶⁾ gewährt das Recht des Beschuldigten auf freie Verteidigerwahl ihm keine Befugnis, sich durch einen Anwalt verteidigen zu lassen, der gesetzlich an der Mandatswahrnehmung gehindert ist, sofern das Gesetz selbst zur verfassungsmäßigen Ordnung gehört, also i. d. R. nicht gegen Grundrechte des Anwalts verstößt. Da nach Auffassung des Gerichts § 146 StPO Art. 12 Abs. 1 GG nicht verletzt, sieht es auch das Recht des Beschuldigten auf freie Verteidigerwahl nicht beeinträchtigt.

Nach der hier vertretenen Meinung ist § 146 StPO als unverhältnismäßiger Eingriff jedoch nicht mehr durch den Regelungsvorbehalt des Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG gedeckt - gehört also nicht zur verfassungsmäßigen Ordnung -, so daß auch eine Verletzung des Rechts des Beschuldigten aus Art. 103 Abs. 1 GG zu bejahen ist.

3. Ergebnis

Entgegen der Ansicht des Bundesverfassungsgerichts verstößt § 146 StPO gegen das Grundrecht des Beschuldigten auf freie Verteidigerwahl (Art. 103 Abs. 1 GG).

Der Gesetzgeber hätte es bei der früheren Regelung des § 146 StPO, die zur Sicherung der Beistandsfunktion des Verteidigers vollauf genügte, belassen sollen.

535) vgl. auch Quack, NJW 1975, 1337, 1339

536) in E 39, 156 ff

Lebenslauf

Am 5.4.1951 wurde ich als zweiter Sohn des Prokuristen Emil Rissel und seiner Ehefrau Elisabeth in Voerde/NdrRh. geboren. Von 1957 bis 1961 besuchte ich die Grundschule in Voerde, von 1961 bis 1969 das Otto-Hahn-Gymnasium in Dinslaken.

Nach dem Bestehen des Abiturs begann ich im Herbst 1969 mit dem Jurastudium an der Ruhr-Universität in Bochum; ab Wintersemester 1971/72 studierte ich an der Philipps-Universität in Marburg. Im Juni 1975 legte ich die Erste Juristische Staatsprüfung ab.

Anschließend war ich an der Marburger Universität als Korrekturassistent beschäftigt. Im Dezember 1977 begann ich mit dem juristischen Vorbereitungsdienst; im Juli 1980 bestand ich die Zweite Juristische Staatsprüfung.

